

INTERNASJONALE AVTALERS VIRKNING I EU-RETTE

Kandidatnr: 226

Veileder: Henrik Bull

Leveringsfrist: 25. april 2003

Til sammen 17769 ord.

19.05.2003

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	TEMA FOR OPPGAVEN	1
1.2	ALTERNATIVER	2
1.3	METODE	3
1.4	DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	4
<u>2</u>	<u>TRAKTATKOMPETANSE</u>	<u>5</u>
2.1	KOMPETANSEN	5
2.2	ENEKOMPETANSE	6
2.3	PROSEDYREREGLER	7
<u>3</u>	<u>AVTALETYPER</u>	<u>8</u>
3.1	ASSOSIERINGSAVTALER	8
3.2	PARTNERSKAP OG SAMARBEIDSAVTALER	9
3.3	AVTALER INNGÅTT MED INTERNASJONALE ORGANISASJONER	9
3.4	BLANDETE AVTALER	10
<u>4</u>	<u>DIREKTE VIRKNING</u>	<u>11</u>
4.1	EU- LOVGIVNINGENS DIREKTE VIRKNING	11
4.1.1	BETYDNINGEN AV DIREKTE VIRKNING	12
4.2	INTERNASJONALE AVTALERS DIREKTE VIRKNING	13
<u>5</u>	<u>VILKÅR FOR DIREKTE VIRKNING</u>	<u>16</u>
5.1	AVTALER SOM BYGGER PÅ PRINSIPPET OM FORHANDLINGER PÅ GRUNNLAG AV GJENSIDIGHET OG GJENSIDIG FORDELAKTIGE ORDNINGER	16
5.2	SATTE <i>INTERNATIONAL FRUIT</i> STANDARDEN?	20
5.3	DIREKTE SØKSMÅL	22
5.4	REVISJON AV GATT 1947	23
5.5	PORTUGAL MOT RÅDET	25

5.5.1	FAKTUM	25
5.5.2	AVGJØR WTO-AVTALEN SELV SPØRSMÅLET OM DIREKTE VIRKNING?	26
5.5.3	WTO OG SELVE SPØRSMÅLET OM DIREKTE VIRKNING	27
5.5.3.1	"Politiske betraktninger"	27
5.5.4	KONKLUSJON	30
5.5.5	POLITISKE SIGNALER	31
5.6	WTO IKKE BARE GATT	32
5.6.1	TRIPS-AVTALEN	32
5.6.2	TBT-AVTALEN	34
5.7	FORELØPIG OPPSUMMERING	35
5.7.1	FREMGANGSMÅTEN	35
5.7.2	ARGUMENTENE	36
5.7.2.1	Beskyttelsestiltak	37
5.7.2.2	Hva søkes ugyldiggjort	38
5.7.2.3	Det avgjørende argument	40
<u>6</u>	<u>UNNTAK</u>	<u>41</u>
6.1	FEDIOL-DOKTRINEN	41
6.2	NAKAJIMA-DOKTRINEN	42
6.3	FEDIOL OG NAKAJIMA I FORHOLD TIL DE "KLASSISKE KRAV"	
	TIL DIREKTE VIRKNING	44
6.4	UTVIDET ANVENDELSESOMRÅDE	45
<u>7</u>	<u>HVA SLAGS TYPE AVTALER ER EGNET TIL Å FÅ DIREKTE VIRKNING</u>	<u>49</u>
7.1	UTGANGSPUNKTET	49
7.2	AVTALER SOM ETABLERER SÆRLIGE FORBINDELSER	50
7.2.1	FRIHANDELSAVTALER	50
7.2.2	FORBEREDELSESAVTALER	52
7.2.3	NÆRT ØKONOMISK SAMARBEID	54
7.3	AVTALER SOM INNEHOLDER ASYMMETRISKE FORPLIKTELSER	56
<u>8</u>	<u>SAMMENLIKNING - WTO OG ANDRE AVTALER</u>	<u>59</u>
8.1	METODE	59

8.2	NOEN SPESIELLE TREKK VED DOMMENE HVOR EF-DOMSTOLEN ANLEGGER EN NY TREND	61
9	<u>INTERNASJONALE AVTALER SOM TOLKINGSMOMENT</u>	<u>63</u>
10	<u>KONKLUSJON</u>	<u>65</u>
11	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>67</u>
12	<u>DOMSTOLSREGISTER</u>	<u>69</u>

1 INNLEDNING

1.1 Tema for oppgaven

Tema for oppgaven vil være å drøfte hva som skal til for at bestemmelser i avtaler mellom Fellesskapet og tredjeland kan påberopes av individer og medlemsstater i EU overfor nasjonale domstoler eller EF-domstolen¹. Reglene påberopes enten med det formål å få annullert en fellesskapsrettsakt eller for å få satt til side nasjonale regler på grunnlag av at de strider mot bestemmelser inntatt i slike avtaler. Formulert på en annen måte er dette et spørsmål om bestemmelser i EUs tredjelandsavtaler kan ha direkte virkning.

I forhold til intern fellesskapsrett er direkte virkning et kjent fenomen. Kort fortalt innebærer direkte virkning at Fellesskapets borgere kan påberope seg EU-regler i sine nasjonale domstoler. Fellesskapslovgivningen blir således en integrert del av den nasjonale lovgivningen². En slik virkning har fellesskapsreglene bare når de er tilstrekkelig presise og ubetingede, slik at individene kan utlede rettigheter fra dem. Først da kan de påberopte rettighetene håndheves av de nasjonale domstoler.

Hva angår direkte virkning av bestemmelser i EUs tredjelandsavtaler, begrenses ikke spørsmålet til individenes rettigheter. Medlemsstatene må i denne sammenheng likestilles med individene. De har også interesse av å anvende internasjonale regler i den hensikt å bestride gyldigheten av en EU-regel dersom de mener reglene strider mot en internasjonal forpliktelse som Fellesskapet er bundet av. Spørsmålet om bestemmelsen kan påberopes må da avklares.

¹ Tredjelandsavtaler omfatter også avtaler Fellesskapet har inngått med internasjonale organisasjoner.

² Forrangsspørsmålet behandles senere.

Videre må det presiseres at de internasjonale bestemmelsene påberopes i to forskjellige situasjoner. Bestemmelsene kan for det første påberopes som grunnlag for en ugyldighetsinnsigelse mot en fellesskapsregel. Denne situasjonen er ny sammenliknet med fellesskapsretten. Normalt er det EU-lovgivningen som påberopes for å få satt til side nasjonal lovgivning. Fellesskapsretten er sjeldent mål for et annullasjonssøksmål på grunnlag av at den strider med ranghøyere fellesskapsrett. For det andre kan en slik bestemmelse påberopes i den hensikt å motsette seg anvendelsen av en nasjonal regel som hevdes å være i strid med en internasjonal bestemmelse. Ut i fra rettspraksis kan det virke som om EF-domstolen har vektlagt denne sontringen i sine avgjørelser av direkte virkning. Poenget vil drøftes senere.

Spørsmålet om direkte virkning kan bli rettet til EF-domstolen på to måter. I de tilfeller en nasjonal domstol blir konfrontert med direkte virkning kan den med hjemmel i Romatraktatens (Traktaten) artikkel 234 anmode EF-domstolen om å treffe en forhåndsavgjørelse. Problemet blir med andre ord forelagt EF-domstolen via en nasjonal domstol. Det andre tilfellet omhandler direkte søksmål med hjemmel i Traktatens artikkel 230. Dersom resultatet blir at bestemmelsen ikke har direkte virkning, fører dette til at verken de nasjonale domstolene eller EF-domstolen kan sette til side den anfektede nasjonale regel eller fellesskapsregel.

1.2 Alternativer

Flere mulige innfallsvinkler kunne vært mulig når det gjelder å besvare spørsmålet om direkte virkning av EUs tredjellandsavtaler.

På den ene siden kunne EF-domstolen valgt å vurdere tredjellandsavtaler ut fra et strengt dualistisk synspunkt. Et dualistisk rettssystem anser folkeretten som et eget selvstendig rettssystem som er atskilt fra de enkelte lands (Felleskapets) interne rettssystemer. En konsekvens av et slikt dualistisk grunnsyn er at folkerettsregler må transformeres, det vil si gjøres til del av intern rett for at de skal kunne få direkte anvendelse for de nasjonale domstoler/EF-domstolen. Fellesskapets tredjellandsavtaler ville derfor fått en beskjeden plass i EU-retten hvis EF-domstolen hadde lagt et dualistisk prinsipp til grunn.

På den annen side kunne det argumenteres for at internasjonale avtaler inngått av Fellesskapet burde ha noen av de samme hovedegenskapene som intern EU-lovgivning. Mange av avtalene har bestemmelser som enten er svært like eller identisk med Fellesskapets egne bestemmelser. Dessuten inneholder flere av avtalene formål som samsvarer i mer eller mindre grad med Traktatens. Direkte virkning av bestemmelsene ville også ha bidratt til å gjøre dem svært effektive. Det kunne derfor virke fristende å anvende de samme vilkår som legges til grunn for direkte virkning av Fellesskapets interne regler.

Nedenfor vil det bli vist at vilkårene for direkte virkning av bestemmelser mellom Fellesskapet og tredjeland ikke samsvar med de vilkår som stilles for EU-lovgivningen. En av grunnene til denne forskjellen er at det gjør seg gjeldende en rekke politiske hensyn som ikke eksisterer for den interne fellesskapsretten. De opprinnelige vilkårene ble etablert av EF-domstolen innenfor rammen av et uavhengig rettssystem. Det var med andre ord ingen tredjepart utenfor Fellesskapet å ta hensyn til.

1.3 Metode

Direkte virkning av fellesskapsregler er et av flere områder innenfor EU-retten som er etablert og utviklet gjennom domstolspraksis. Tilsvarende gjelder også for direkte virkning av internasjonale bestemmelser. Oppgaven er derfor basert på EF-domstolens tolking av tredjelandsavtaler og fellesskapsrett.

EF-domstolens rettskildebruk og tolkningsstil vil ikke bli forfulgt i oppgaven. For en gjennomgang av dette temaet vises det til annen litteratur³.

³ Craiq & De Búrca, Third Edition s. 86-102 og Due Ole, inntatt i Festskrift til Ulf Bernitz 2001 s. 71.

1.4 Den videre fremstillingen

Oppgaven kan i store trekk deles opp i to.

Spørsmålet om direkte virkning oppstår oftest for internasjonale avtaler som regulerer handelsrettslige områder. Det er særlig EF-domstolens GATT/WTO-avgjørelser som har vært gjenstand for størst debatt. GATT/WTO-avtalene skiller seg markant fra andre handelsavtaler ved at EF-domstolen konsekvent har valgt å ikke tilkjenne de førstnevnte avtalene direkte virkning. Første del av oppgaven vil behandle disse avtalenes særtegn og utvikling. Hovedmålet for denne drøftelsen vil være å peke de momentene som har vært utslagsgivende for domstolens vurdering i forbindelse med spørsmålet om avtalenes eventuelle direkte virkning. Unntaksbestemmelsene blir deretter drøftet. To doktriner som gir GATT/WTO avledet direkte virkning vil her stå sentralt. Del to vil analysere trekk ved de avtaletyper som har blitt tilkjent direkte virkning.

Før jeg går i gang med oppgavens hoveddeler vil Fellesskapets traktatkompetanse og avtaletyper kort bli behandlet.

2 TRAKTATKOMPETANSE

2.1 Kompetansen

Et viktig spørsmål når det gjelder Fellesskapets eksterne relasjoner, er hvem som har kompetanse til å inngå avtaler med tredjeland og internasjonale organisasjoner. Som på mange andre områder innenfor EU-retten er det også her et visst spenningsforhold mellom medlemsstatene og Fellesskapet. Av stor politisk betydning er spørsmålet om kompetansen er eksklusiv(enekompetanse). Dersom Fellesskapet har eksklusiv kompetanse innebærer dette at medlemsstatene er avskåret fra å handle selvstendig på det aktuelle området.

De fleste bestemmelser av betydning for Fellesskapets forhold til omverdenen finnes i Traktaten. Jeg skal ikke gå inn på hver enkelt av dem, men begrense meg til å nevne de viktigste.

Artikkel 281 slår fast at Fellesskapet er et eget rettssubjekt. Dette innebærer at Fellesskapet kan ha både plikter og rettigheter og vil således være et folkerettssubjekt.

En av de viktigste hjemmelsbestemmelsene finnes i artikkel 133. Artikkelen hjemler Fellesskapets mulighet til å inngå toll- og handelsavtaler. Ved siden av artikkel 133 er artikkel 310 av stor betydning. Den hjemler Fellesskapets kompetanse til å inngå assosieringsavtaler. Traktatkompetansen vedrørende monetære spørsmål hjemles i artikkel 111. Artikkel 170 regulerer Fellesskapet avtalekompetanse innenfor områdene forskning og teknologi. Tilsvarende hjemler artikkel 174 Fellesskapets avtalekompetanse innenfor miljøsektoren. Fellesskapets ansvar og kompetanse overfor utviklingslandene er stadfestet i Art. 181. Samtlige avtaler kan inngås av Fellesskapet med en eller flere stater eller en internasjonal organisasjon.

Artikkel 302-304 regulerer Fellesskapets forhold til internasjonale organisasjoner. Bestemmelsene inneholder ingen uttrykkelig hjemmel til å inngå avtaler, men nøyer seg med å stadfeste at Fellesskapet skal opprettholde et samarbeid/forbindelser til diverse internasjonale organisasjoner.

Oppregningen av traktatbestemmelsene gir imidlertid et ufullstendig bilde av Fellesskapets eksterne kompetanse. Det følger av EF-domstolens praksis at Fellesskapet har kompetanse til å inngå eksterne avtaler også på områder hvor Traktaten ikke gir uttrykkelig hjemmel.

I *ERTA*⁴ fastslo EF-domstolen for første gang det prinsipp at på områder hvor det ikke foreligger en uttrykkelig traktatkompetanse kan en sådan kompetanse følge av en forutgående intern regulering. Saken vedrørte spørsmålet om hvorvidt Fellesskapet eller medlemsstatene hadde kompetanse til å inngå en europeisk avtale om veitransport. EF-domstolen uttalte at så lenge det var vedtatt bestemmelser i den hensikt å gjennomføre en felles politikk, var medlemsstatene fratatt sin traktatkompetanse. I den såkalte *Elvebåtsaken*⁵ utvidet EF-domstolen Fellesskapets kompetanse ytterligere. Domstolen slo her fast et generelt prinsipp om at på et område hvor det ikke finnes noen uttrykkelig hjemmel for EU til å inngå internasjonale avtaler og hvor det ikke er vedtatt interne felles regler, har Fellesskapet likevel kompetanse til å inngå en avtale med et eller flere tredjeland på et område, såfremt Fellesskapets deltagelse i den avtalen er nødvendig for gjennomførelsen av et av Fellesskapets mål.

2.2 Enekompetanse

Omfanget av traktatkompetansen er en ting, et annet og mer omstridt emne er om den tilkjente traktatkompetansen bare skal være forbeholdt Fellesskapet. Et slikt resultat vil innskrenke statenes suverenitet.

⁴ C-22/70, Kommisjonen mot Rådet, Sml. 1971 s. 263.

⁵ C-1/76, sml. 1977 s. 741.

Når det gjelder Fellesskapets kompetanse til å inngå avtaler innenfor handelspolitikens område, er det slått fast at kompetansen er eksklusiv⁶. Omfanget av Fellesskapets enekompetanse på handelsområdet er ikke statisk, men utvikler seg stadig og dynamisk i takt med den interne utviklingen på området⁷. Motsatt kan det ikke antas at traktatkompetansen er eksklusiv på de andre traktatfestede områdene.

Når det gjelder traktatkompetansen forøvrig ble det slått fast i *ERTA* at Fellesskapets kompetanse er eksklusiv. Medlemsstatene har ikke rett til verken individuelt eller kollektivt å inngå forpliktelser med tredjeland som berører felles regler vedtatt av Fellesskapet for å gjennomføre en felles politikk som er omhandlet i Traktaten. Når det gjelder traktatkompetansen etablert i *Elvebåtsaken*, synes det å fremgå av rettspraksis at denne først bli eksklusiv når Fellesskapet utnytter sin kompetanse eksternt⁸.

Når traktatkompetansen derimot følger implisitt av interne hjemler og de traktatforpliktelsene medlemslandene ønsker å påta seg ikke berører vedtatt sekundærrett, tilfaller kompetansen medlemsstatene⁹.

2.3 Prosedyreregler

Prosedyrereglene som regulerer Fellesskapets traktatkompetanse er hjemlet i artikkel 300. Jeg går ikke nærmere inn på disse.

⁶ EF-domstolens uttalelse 1/75, sml. 1975 s. 1355.

⁷ EU Karnov 2001 s. 2207.

⁸ EF-domstolens uttalelse 1/94, sml. 1994 s. 5267.

⁹ Se avsnitt 3.4 for blandede avtaler.

3 AVTALETYPER

Ovenfor ble det vist at Fellesskapet har en omfattende kompetanse til å inngå internasjonale avtaler. Avtalens formål avgjør hvilken avtaletype som anvendes.

Fellesskapet har anledning til å inngå både multilaterale og bilaterale avtaler. De førstnevnte avtaler har flere enn to parter, mens bilaterale avtaler anvendes hvor Fellesskapet kun har en avtalepart.

3.1 Assosieringsavtaler

Assosieringsavtaler er en fellesbetegnelse på avtaler som strekker over et vidt felt. En assosieringsavtale innebærer en særlig eller privilegert tilknytning til Fellesskapet. Avtalene inneholder normalt handelspolitiske bestemmelser, typisk om etablering av en tollunion eller en frihandelsavtale. Men også områder innenfor sosialt, finansielt, teknisk og kulturelt samarbeid kan være omfattet¹⁰.

De mest omfattende avtalene er de økonomiske avtalene som Fellesskapet har inngått med sine naboland. EØS- og Sveits-avtalene er eksempler på slike.

Neste trinn med avtaler er de Europeiske avtalene inngått med Polen, Tsjekkia, Slovakia, Ungarn, Bulgaria, Romania, Slovenia og de tre baltiske statene. Disse avtalene er ikke fullt så omfattende når det gjelder økonomisk samarbeid. Tyrkia har en tilsvarende avtale.

En tredje type assosieringsavtaler er avtaler om samarbeid og bistandsforhold. Eksempel her er Cotonou-avtalen, som avløste Lomé avtalen. Avtalen er en multilateral

¹⁰ EU Karnov 2001 s. 2215.

avtale mellom Fellesskapet og medlemsstatene på den ene siden og på den andre siden, rundt 80 land fra Afrika samt de Karibiske stater og Stillehavs statene. Avtalene tar først og fremst sikte på å støtte opp om utviklingen i landene¹¹.

3.2 Partnerskap og samarbeidsavtaler

De viktigste avtalene innenfor denne gruppen er i første rekke med Russland, men avtalene inkluderer også de andre tidligere sovjetstatene. Avtalene etablerer en politisk dialog men inneholder også en rekke bestemmelser om handel.

EU har også inngått diverse samarbeidsavtaler som strekker seg stort sett over hele verden. Jeg går ikke nærmere inn på dem her.

3.3 Avtaler inngått med internasjonale organisasjoner

Det er ikke alltid en selvfølge at Fellesskapet kan inngå avtaler om medlemskap i internasjonale organisasjoner. De fleste av disse, som for eksempel FN og FN's særorganisasjoner, er kun forbeholdt stater. I slike organisasjoner er det mer vanlig at Fellesskapet gis observatørstatus. Det er følgelig ingen hindring at EU kan inngå avtaler med slike organisasjoner, men disse må omhandle andre emner enn medlemskap.

Internasjonale organisasjoner som Fellesskapet er medlem av, er bl.a. Verdens Handelsorganisasjon (WTO) og FN's mat og jordbruk organisasjon (FAO).

¹¹ Se EU Karnov kap. 54 (2001) for flere eksempler på assosieringsavtaler.

3.4 Blandete avtaler

Mange av de internasjonale avtalene som inngås av Fellesskapet er såkalte blandete avtaler¹². Det vil si at både Fellesskapet og medlemsstatene deltar i avtalen. En slik konstruksjon er nødvendig hvor avtalens elementer inkluderer felt hvor Fellesskapet har enekompetanse samtidig som den omhandler områder hvor medlemsstatene har enekompetanse.

Eksempler på slike avtaler er Europa-avtalene som bl.a. inneholder bestemmelser om utenrikspolitisk dialog. Slike politiske vurderinger er emner som er underlagt medlemsstatenes kompetanse. WTO-avtalene er et annet eksempel på en blandet avtale.

¹² Fordi det er normal praksis at det ikke ved blandete avtaler foretas noen oppdeling mellom de spørsmål i avtalen som hører under Fellesskapets eksklusive traktatkompetanse og de som nødvendiggjør/muliggjør medlemsstatens deltagelse i avtalen, reiser blandete avtaler en rekke vanskelige tolkingsspørsmål (EU.Karnov 2001 s.2210) Tolkingsspørsmål som eventuelt kan oppstå vil ikke bli behandlet i oppgaven. C-300, 392/98, Dior, sml. 2000 s. 11307 er illustrerende.

4 DIREKTE VIRKNING

4.1 EU- lovgivningens direkte virkning

Før analysen av internasjonale avtalers virkning i henholdsvis fellesskapsretten og nasjonal lovgivning, er det nødvendig å redegjøre for opprinnelsen og betydningen av direkte virkning i EUs interne regelverk.

Direkte virkning av en EU-bestemmelse medfører at individet kan utlede rettigheter av bestemmelsen som nasjonale domstoler er pliktig til å håndheve. En slik egenskap får bestemmelsen ikke automatisk. Bestemmelsen må oppfylle visse vilkår for å ha en slik effekt.

Prinsippet er ikke nedfelt i noen traktat og ble for første gang etablert i *Van Gend en Loos*¹³. For at de enkelte EU-reglene skulle få en slik virkning, ble det i dommen satt som vilkår at den aktuelle regelen først og fremst måtte være tilstrekkelig klar/presis, ubetinget, og at regelen ikke var avhengig av nasjonale gjennomføringstiltak.

De opprinnelige kravene til direkte virkning har senere blitt modifisert. Poenget med kriteriene er å sørge for at reglene er av en slik karakter at de gjør det mulig for nasjonale domstoler å anvende dem. Dette har blitt vektlagt i stadig større grad. Kravet kan sies å ha kokt ned til et vilkår om anvendelighet (justicability)¹⁴. Generaladvokat Van Gerven gav uttrykk for sitt syn i sitt forslag til avgjørelse i *British Coal*¹⁵. Han argumenterte for at den endelige testen for å avgjøre om en regel har direkte virkning avgjøres ut i fra om den er «*sufficiently operational to be applied by a court*».

¹³ C- 26/62 *Van Gend en Loos*, sml. 1963 s. 105.

¹⁴ Craiq & De Búrca, Third Edition s.186.

¹⁵ C-128/92, *Banks mot British Coal*, sml. 1994 s. 1209.

Van Gend en Loos statuerte direkte virkning når det gjaldt traktatbestemmelser. Doktrinen fikk senere anvendelse på annen EU-lovgivning til og med direktiver¹⁶.

Først da spørsmålet om direktivers horisontale virkning kom opp for EF-domstolen ble utviklingen tilsynelatende stoppet¹⁷. Horisontal virkning innebærer at et individ kan påberope seg et direktiv overfor et annet individ, til forskjell fra den vertikale virkning hvor det offentlige er motpart.

4.1.1 Betydningen av direkte virkning

Domstolens begrunnelse for å etablere doktrinen om direkte virkning har hovedsakelig vært begrunnet med effektivitetshensyn. Ved å gi individene mulighet til å påberope seg EU-lovgivning for nasjonale domstoler, skapte EF-domstolen en effektiv håndhevingsmetode som var nødvendig for å sikre seg at medlemsstatene fulgte de regler de ble pålagt. Doktrinen førte til at individene og de nasjonale domstolene ble de nye håndheverne i EU-retten. Dette er et vesentlig mer effektivt system enn hvis den kontrollerende og dømmende rolle kun skulle ligge hos henholdsvis Kommisjonen og EF-domstolen. Ved siden av økt effektivitet, sikrer også håndhevingsmetoden en mer ensartet praktisering av regelverket fordi flere konflikter kommer EF-domstolen.

Jeg har i dette avsnittet redegjort for virkningen av Fellesskapets lovgivning i medlemslandenes nasjonale rettssystemer. Det gjenværende spørsmålet er om også internasjonale avtaler med tredjeland og internasjonale organisasjoner kan nyte godt av doktrinen. Hvis svaret er bekreftende må det videre drøftes om de samme vilkår og hensyn, som er gjeldende innenfor EU-retten, også er anvendelige for de internasjonale avtalene.

¹⁶ C-41/47, *Van Duyn mot Home Office*, sml. 1974 s. 1337.

¹⁷ C-152/84, *Marshall mot Southampton*, sml. 1986 s. 723. Utviklingen av direktivers direkte virkning fortsatte dog i en kamouflert form, se bl.a. C-188/89, *Foster mot British Gas*, sml. 1990 s. 3313.

4.2 Internasjonale avtalers direkte virkning

I *Haegeman*¹⁸ ble det slått fast at avtaler som er inngått i samsvar med prosedyren fastlagt i Traktatens artikkel 300 hva angår Fellesskapet, er en rettsakt inngått av Fellesskapets institusjoner i den betydning som er forutsatt i Traktatens artikkel 234 litra b. Dette innebærer at EF-domstolen skulle ha kompetanse til å treffe forhåndsavgjørelser av gyldigheten og fortolkningen av rettsakter vedtatt av Fellesskapet. Slike rettsakter er fra sin ikrafttredelse en integrert del av fellesskapsretten. Av dette følger det at Fellesskapets institusjoner skal overholde de bestemmelser som finnes i internasjonale avtaler. En eventuell konflikt mellom fellesskapsrettsakten og bestemmelser i tredjelandsavtaler gjør prinsipielt fellesskapsreglen mangelfull slik at den vil kunne kreves annullert.

I Romatraktaten artikkel 300 nr. 7 slås det fast at avtaler, som er inngått i overensstemmelse med prosedyren fastlagt i samme artikkel, skal være bindende for Fellesskapets organer og for medlemsstatene. Internasjonale avtaler utgjør således rettskilder som skal overholdes av henholdsvis Fellesskapet og av nasjonale myndigheter

Selv om tredjelandsavtaler utgjør en integrert del av fellesskapsretten, er det ikke dermed sagt at de kan påberopes for verken EF-domstolen eller nasjonale domstoler med det formål å få satt til side en EU-regel eller en nasjonal bestemmelse. Nedenfor vil det bli vist at bestemmelsene i tredjelandsavtaler må oppfylle bestemte vilkår for å kunne ha denne effekten.

I *Kupferberg*¹⁹ ble det slått fast at de kontraherende parter fritt kunne avtale hvilke virkninger avtalens bestemmelser skulle ha i partenes interne rettsorden. Det er imidlertid svært få avtaler som regulerer dette spørsmålet. Hvis spørsmålet ikke er regulert i avtalen, tilkommer det de kompetente rettsinstanser, især EF-domstolen innenfor rammene av sin kompetanse ifølge Traktaten, å avgjøre spørsmålet på samme

¹⁸ C-181/73, *Haegeman mot Belgia*, sml. 1974 s. 449.

¹⁹ C-104/81, *Kupferberg*, sml. 1982 s. 3641 avsnitt 17.

måte som ethvert annet fortolkings spørsmål vedrørende gjennomføringen av avtalen innenfor Fellesskapet.

EF-domstolen har derfor spilt hovedrollen når det gjaldt å slå fast virkningen av internasjonale avtaler i EU-retten. I en rekke saker har EF-domstolen uttalt at under visse omstendigheter kan slike avtaler ha egenskaper som gir dem direkte virkning. Domstolens avgjørelser har hatt stor betydning for de internasjonale avtalene. Direkte virkning har den følge at individene har krav på at rettigheter utledet av bestemmelsene skal respekteres av nasjonale domstoler på lik linje med nasjonale regler. Slik vil bestemmelsene bli likestilt med den nasjonale lovgivningen og således nyte godt av et nasjonalt håndhevsorgan. Samtidig vil bestemmelsene hyppigere blitt anvendt, fordi direkte virkning gjør individene til en del av håndhevingssystemet. Som nevnt innledningsvis vil også medlemsstatene nyte godt av direkte virkende tredjelandavtaler, da disse kan anvendes for å ugyldiggjøre EU-lovgivning.

Direkte virkning fører også til at forrangsprinsippet kommer til anvendelse.

I følge rettspraksis²⁰ har internasjonale avtaler forrang i forhold til Fellesskapets sekundærlovgivning. Prinsippet gjelder også for sekundærlovgivning som trådte i kraft etter de internasjonale bestemmelsene. Lex posterior prinsippet får med andre ord ikke anvendelse. Bestemmelsene må riktignok stå tilbake for Fellesskapets traktater. Siden internasjonale bestemmelser er en del av fellesskapsretten, medfører direkte virkning at bestemmelser i tredjelandavtaler også har forrang i forhold til nasjonal lovgivning. Konsekvensen av at internasjonale bestemmelser ikke gis direkte virkning, er at de ikke vil nyte godt av sin forrang hvor det er en regelkonflikt. Så lenge bestemmelsene ikke gis direkte virkning vil ikke EF-domstolen eller de nasjonale domstoler ha grunnlag for å anvende bestemmelsene som søker å utfordre enten EU-lovgivning eller nasjonal lovgivning. Resultatet blir at rettstridige fellesskapsregler eller nasjonale regler blir stående som gjeldende rett til tross for at de strider mot internasjonale forpliktelser.

Av dette fremgår det at direkte virkning er av stor betydning for internasjonale avtaler.

²⁰ C-181/73, Haegeman mot Belgia, sml. 1974 s. 449 og C-61/94, Tyskland mot Kommisjonen, sml. 1996 s. 3989.

Tiltross for gode argumenter for direkte virkning, anser ikke EF-domstolen det som tilstrekkelig å vise til de ordinære kriteriene fastsatt i *Van Gend en Loos* for å avgjøre om enkelte bestemmelser i de eksterne avtalene skal gis direkte virkning. På grunn av avtalenes spesielle karakter sammenliknet med intern EU-lovgivning, oppstår det blant annet flere og mer nyanserte politiske overveininger som må tas i betraktning²¹. Fremstillingen videre vil ta sikte på å belyse de vilkår som stilles for at en internasjonal avtale skal ha direkte virkning.

²¹ Craig & De Búrca, Third Edition, s.194.

5 VILKÅR FOR DIREKTE VIRKNING

5.1 Avtaler som bygger på prinsippet om forhandlinger på grunnlag av gjensidighet og gjensidig fordelaktige ordninger

Spørsmål om internasjonale avtalers direkte virkning har i en rekke tilfeller blitt behandlet av EF-domstolen. Spesielt har problemene med GATT-avtalen og WTO-avtaleverket stått i fokus. Domstolen har i disse sakene etablert betingelser som må være oppfylt for at en internasjonal bestemmelse kan anvendes for å sette tilside en fellesskapsrettsakt eller en nasjonal regel som strider mot Fellesskapets folkerettslige forpliktelser.

I *International Fruit Company*²² anmodet en nederlandsk appellrett EF-domstolen om å treffe en forhåndsavgjørelse om gyldigheten av en fellesskapsrettsakt i forhold til folkerettslige regler. Konkret vedrørte spørsmålet en eventuell ugyldighet av tre forordninger som saksøkerne hevdet var i strid med artikkel XI i GATT-avtalen. Artikkelen omhandlet et forbud mot kvantitative handelsrestriksjoner. Den aktuelle GATT-avtalen det her var snakk om var 1947 versjonen. Selv om avtalen senere ble erstattet med GATT 1994, er dommen instruktiv da den inneholder flere retningslinjer med overføringsverdi.

Før EF-domstolen kunne ta stilling til spørsmålet måtte den avklare sin egen kompetanse etter Traktatens artikkel 234 litra b. Artikkelen gir EF-domstolen kompetanse til å treffe forhåndsavgjørelser om gyldigheten og fortolkningen av rettsakter vedtatt av Fellesskapets organer. EF-domstolen slo fast at artikkel 234 må tolkes slik at den gir EF-domstolen kompetanse til å prøve alle rettsakter som kan påberopes i det øyemed å ugyldiggjøre en fellesskapsregel. Som en konsekvens av kompetansen uttalte

²² C 21-24/72, *International Fruit*, sml. 1972 s. 1219.

EF-domstolen videre, at den hadde en plikt til å undersøke om fellesskapsreglene var forenlige med en regel i folkeretten. I dette tilfelle var det altså snakk om en GATT-regel.

EF-domstolen gjorde denne undersøkelsen betinget av to vilkår.

International Fruit Company's vilkår nr 1:

For det første måtte Fellesskapet være bundet av den påberopte folkerettslige regelen dersom bestemmelsen skulle kunne anfekte en fellesskapsregel.

Siden GATT-avtalen var inngått av medlemsstatene før Traktaten ble etablert, førte dette til at Fellesskapet overtok medlemsstatenes forpliktelser. Fellesskapet hadde aldri formell status som GATT-medlem. Likevel konkluderte EF-domstolen med at overenskomsten var bindende for Fellesskapet overalt hvor det i medfør av Traktaten hadde overtatt beføyelser innenfor overenskomstens anvendelsesområde som tidligere ble utøvd av medlemslandene.

For de avtaler hvor Fellesskapet er part fra begynnelsen av har dette vilkåret liten praktisk betydning, da det er hevet over enhver tvil at Fellesskapet er bundet av sine folkerettslige forpliktelser.

International Fruit Company's vilkår nr 2:

For det andre og så fremt ugyldigheten ble påberopt for en nasjonal domstol, krevde EF-domstolen at den folkerettslige bestemmelsen var av en slik beskaffenhet at Fellesskapets borgere med rettsvirkning kunne gjøre den gjeldende ved nasjonale domstoler. EF-domstolen oppstilte her et krav om at bestemmelsen måtte ha direkte virkning.

Fremgangsmåten til EF-domstolen skiller seg fra den tidligere rettspraksis om direkte virkning etablert for intern fellesskapsrett. Det fremgår av dommen at undersøkelsen om artikkel XI i GATT er av en slik karakter at den kan tilkjennes direkte virkning må tas

med hensyn til overenskomstens ånd, system og ordlyd²³. Først etter en slik vurdering kan domstolen gjøre seg opp en mening om artikkelen gir Fellesskapets borgere rettigheter som kan påberopes overfor nasjonale domstoler med det formål å anfekte gyldigheten av en fellesskapsrettsakt.

Sammenliknes vilkårene for direkte virkning i *Van Gend en Loos* er forskjellen slående. Riktignok ble det uttalt i dommen at det var nødvendig å vurdere Traktatens ånd, system og ordlyd for å slå fast direkte virkning, men det ble samtidig slått fast at den påberopte bestemmelsen måtte være presis og ubetinget. Nedenfor vil det bli vist at EF-domstolen i *International Fruit* ikke analyserte artikkel XI i overenskomsten, men rettet blikket i større grad mot avtalen som helhet.

Det følger av rettspraksis at EF-domstolen konsekvent har valgt å underkjenne GATT-avtalen direkte virkning, uavhengig av hvilke bestemmelser som har blitt påberopt. Av den grunn vil det være interessant å se hva som kjennertegner avtalen.

Som nevnt betraktet EF-domstolen i *International Fruit* kun avtalens ånd, system og ordlyd. Artikkel XI ble utelatt. EF-domstolen vektla at avtalen ifølge sin preambel var virkeliggjort ved gjensidige avtaler, som var karakterisert ved stor smidighet i sine bestemmelser. Fleksibiliteten ble gjenspeilet i bestemmelser som vedrørte mulighetene for fravikelse av reglene, iverksettelse av beskyttelsestiltak i ekstraordinære tilfeller og tvisteløsningsmekanismer.

For å underbygge sin påstand viste EF-domstolen til konkrete bestemmelser i overenskomsten.

Domstolen pekte på at artikkel XXII regulerte de tilfeller hvor en part konfronterer en annen part med omstridte tiltak som er iverksatt og som vedrører virkemåten av avtalen. En slik forespørsel må gis velvillig overveielse, samt at det må åpnes for tilstrekkelig adgang til rådslagning. Dersom en slik forespørsel ikke skulle løse problemet, kan en part rådføre seg med noen av de andre kontraherende partene.

²³ Ibid avsnitt 20.

Når det gjelder tiltak i forbindelse med tvisteløsning åpner artikkel XXIII for blant annet skriftlige henstillinger eller forslag som også skal overveies velvillig fra den annen part. Videre inkluderes undersøkelser som eventuelt følges opp med anbefalinger, forhandlinger eller beslutninger truffet av de kontraherende parter. Suspensjon av en parts forpliktelser eller en mulighet for oppsigelse eksisterer også.

I ekstraordinære tilfeller gir artikkel XIX en part mulighet til å treffe en rekke beskyttelsestiltak etter forhandlinger med sine medkontrahenter. I ytterst få tilfeller kan slike tiltak iverksettes uten at saken har blitt tatt opp med avtaleparten.

Rettens poeng med å vise til disse generelle bestemmelsene var å understreke at avtalen bygget på gjensidig fordelaktige forhandlinger, i stedet for klare og presise bindende forpliktelser.

EF-domstolen anså det som tilstrekkelig å vise til disse forhold, for å konkludere med at artikkel XI ikke kunne gi en borger rettigheter som vedkommende kunne gjøre gjeldende ved nasjonale domstoler. Bestemmelsen var med andre ord ikke tilstrekkelig presis og ubetinget til å bli gjort gjeldende ved nasjonale domstoler. Vilåårene for etterprøvelse av en fellesskapsregel var dermed ikke oppfylt. Dette medførte at EF-domstolen ikke kunne ta stilling til forenligheten av en fellesskapsrettsakt og en GATT-bestemmelse når EU-lovgivningens gyldighet anfektes under en prejudisiell sak i henhold til Traktatens artikkel 234.

Det er verdt å merke seg at EF-domstolens undersøkelse ikke omfattet den påberopte bestemmelse. Artikkel XI bærer tittelen alminnelig opphevelse av kvantitative restriksjoner, hvor det fremgår at partene ikke må innføre forbud eller restriksjoner på varehandelen. Bestemmelsens første ledd bærer preg av å være presis da den eksemplifiserer hva slags forbud og restriksjoner som faller henholdsvis utenfor og innenfor begrepet kvantitative restriksjoner. Derimot inneholder bestemmelsen en rekke unntaksbestemmelser som ikke på langt nær har samme grad av presishet som hovedregelen. Unntakene gir partene en stor grad av skjønnsfrihet, som utelukker at individene kan utlede individuelle rettigheter som kan påberopes for en nasjonal domstol på lik linje med nasjonale regler. EF-domstolens avgjørelse kunne med andre

ord vært begrenset til selve bestemmelsen. Likevel ble GATT-avtalens ånd, system og ordlyd lagt til grunn.

Tilsvarende resonnement har blitt lagt til grunn hvor selv bestemmelser som fremstår som tilstrekkelig klare og ubetingede har blitt påberopt. Med andre ord kan det virke som om de påberopte bestemmelser er irrelevante for EF-domstolens vurderinger. Avtalens generelle fleksible bestemmelser er i seg selv tilstrekkelig til å avslå direkte virkning.

Senere i oppgaven vil det bli vist at EF-domstolen i tillegg til å analysere selve avtalen også inntar selve bestemmelsen i sin undersøkelse. En slik fremgangsmåte anvendes riktignok bare for avtaler som ikke inneholder like fleksible bestemmelser som GATT. På grunnlag av rettspraksis kan det etter min mening derfor se ut som at EF-domstolen følger en totrinnsprosess; først vurderes avtalen, deretter de påberopte bestemmelser. *Eechout*²⁴ peker på at det eksisterer to typer vilkår for direkte virkning. For det første må selve avtalen være av en slik karakter at den kan etablere direkte virkende rettigheter og forpliktelser. For det andre må EF-domstolen undersøke om selve bestemmelsen er tilstrekkelig presis og ubetinget til å bli anvendt av en domstol.

Resultatet av at artikkel XI ikke ble tilkjent direkte virkning, var at en eventuell opphevelse av forordningene må løses mellom GATT-organisasjonen på den ene siden og Fellesskapet og medlemslandene på den annen i henhold til de prinsipper GATT-systemet selv åpner for. Avgjørelsen løftes opp på et folkerettslig plan, hvor individene og domstolene ikke har noen plass.

5.2 Satte *International Fruit* standarden?

På grunnlag av det generelle syn EF-domstolen anvendte i *International Fruit* for å fastlegge virkningen av artikkel XI var det nærliggende å trekke den slutning at også andre GATT-bestemmelser ville bli vurdert med utgangspunkt i selve avtalen.

²⁴ Eechout, The domestic legal status of the WTO Agreement, CML Rev.1997 s. 27-28.

Antagelsen viste seg raskt å være riktig. Uavhengig av hvilke bestemmelser som ble påberopt, var det ut fra GATT som system EF-domstolen trakk sine slutninger.

*Schlüter*²⁵ var en tro kopi av *International Fruit*. Saken omhandlet riktignok GATT's artikkel II, som fastsetter det maksimale tollbeløp som kan kreves inn ved handel med tredjeland. Da Rådet vedtok en forordning som hjemlet en rett til å overskride de nevnte tollsatser, ble forordningens gyldighet prøvet av en rekke importører for en nasjonal domstol. Spørsmålet om slike bestemmelser kunne anvendes for å få kjent fellesskapsreglen ugyldig ved en eventuell motstrid, ble forelagt EF-domstolen via Traktatens artikkel 234. Vilåårene og metoden fastlagt i *International Fruit* ble gjentatt. På grunnlag av avtalens ånd, system og ordlyd konkluderte EF-domstolen med at artikkel II ikke skapte en rett som Fellesskapets borgere kunne påberope seg.

Resultatet var basert på at GATT var grunnet på prinsippet om forhandlinger på basis av gjensidighet og felles nytte, som bidro til at bestemmelsene bar preg av stor smidighet. Konklusjonen ble truffet uten at EF-domstolen drøftet om selve artikkel II tilfredsstilte kravene til direkte virkning.

I *SIOT*²⁶ ble artikkel V i GATT-avtalen påberopt for å få satt til side avgifter som var pålagt av italienske havnemyndigheter i forbindelse med transitt av olje som skulle videretransporteres til andre GATT-medlemsland. Saksøker hevdet at avgifter som var knyttet til varer i transitt stred mot artikkel V. Artikkelen fremstod som presis og ubetinget idet den forbød tollforpliktelser, transittforpliktelser eller andre avgifter i relasjon til varer i transitt. Unntatt var avgifter som direkte relaterte seg til administrative kostnader for havnevesenet. Slike kostnader var det ikke snakk om i saken. Til tross for bestemmelsens klare ordlyd konkluderte EF-domstolen med at den ikke kunne gis direkte virkning på grunn av GATT-avtalens særegenheter som ble vurdert i *International Fruit*. Dersom avgjørelsen hadde gitt saksøker anledning til å påberope seg bestemmelsen for en nasjonal domstol, hadde trolig de pålagte transittkostnadene blitt underkjent. Av dette fremgår det at GATT-avtalen i seg selv blokkerer anvendelsen av presise bestemmelser.

²⁵ C-9/73, *Schlüter mot Hauptzollamt Lorrach*, sml. 1973 s. 1135.

²⁶ C-266/81, *SIOT*, sml. 1983 s. 731.

*Tyskland mot Rådet*²⁷ er et nok et eksempel på at det er overenskomstens ånd, system og ordlyd som er avgjørende. Tyskland bestred en forordnings gyldighet ved å henvise til visse grunnleggende bestemmelser i GATT. EF-domstolen uttalte at det ved vurderingen av GATT's rekkevidde i Fellesskapets rettsordenen skulle tas hensyn til den alminnelige overenskomstens ånd, system og ordlyd. Hvilke bestemmelser som ble påberopt fremgår ikke en gang av dommen.

EF-domstolen har i flere andre saker bekreftet at GATT-avtalen åpner for forhandlinger gjennom fleksible bestemmelser som utelukker at en borger kan påberope seg enkelte bestemmelser i avtalen ved en nasjonal domstol for å utfordre enten EU eller nasjonal lovgivning²⁸.

EF-domstolen har satt direkte virkning av bestemmelser i internasjonale avtaler, så fremt ugyldigheten påberopes for en nasjonal rett, som et vilkår for at den skal kunne anvende sin kompetanse til å etterprøve ugyldighetsgrunner som bygger på GATT-avtalen. Tilsvarende gjelder når EF-domstolen uttaler seg om en nasjonal regels forenlighet med GATT-avtalen. Siden EF-domstolen har valgt å ikke tilkjenne GATT direkte virkning, har domstolen dermed på generelt grunnlag erklært seg for inkompetent til å anvende GATT-bestemmelser under prejudisielle spørsmål, jf. artikkel 234.

5.3 Direkte søksmål

De fleste spørsmål om direkte virkning av internasjonale bestemmelser har vært rettet til EF-domstolen via artikkel 234. I *Tyskland mot Rådet*²⁹ ble imidlertid spørsmålet rettet til EF-domstolen via artikkel 230. Dommens problemstilling fremgår av fremstillingen ovenfor. Med henvisning til tidligere rettspraksis fremhevet EF-domstolen nok en gang GATT-avtalens særegenheter og anførte at de samme argumentene også er til hinder for at EF-domstolen tar bestemmelsene i betraktning ved et ugyldighetssøksmål.

²⁷ C-280/93, *Tyskland mot Rådet* sml. 1994 s. 4973.

²⁸ C-267-269/81, *SPI/SAMI*, sml. 1983 s. 731 og C-469/93, *Chiquita*, sml. 1995 s. 4533: GATT's artikkeler II, III, VI og VIII

²⁹ Se note 27.

Konsekvensen av at GATT ikke ble tilkjent direkte virkning, begrenset ytterligere EF-domstolens kompetanse til å etterprøve gyldigheten av en fellesskapsregel, selv i forhold til internasjonale regler. Domstolen erklærte seg med andre ord for inkompetent til å anvende GATT-bestemmelser også i direkte søksmål.

Resultatet må sies å være fornuftig. Hvor gyldigheten av en fellesskapsrettsakt er utfordret, bør ikke søksmålets suksess avhenge av om saken er brakt inn for EF-domstolen via artikkel 234 eller 230. Resultatet bør heller ikke avgjøres ut fra om det er en fellesskapsinstitusjon, medlemsstat eller et individ som er saksøker³⁰.

På den annen side kan dommen etter min mening kritiseres. Har direkte virkning egentlig noen rolle å spille når en medlemsstat påberoper seg eksterne regler for EF-domstolen? Direkte virkning ble etablert i forbindelse med individenes påberopelse av rettigheter for nasjonale domstoler og hadde ingenting å gjøre med medlemsstatenes påberopelse av GATT-regler overfor EF-domstolen. Derfor burde et direkte søksmål bli behandlet annerledes enn søksmål etter artikkel 234.

Mot dette kan det hevdes at de opprinnelige vilkårene ble etablert slik at det skulle være mulig for de nasjonale domstolene å komme frem til en avgjørelse på grunnlag av den påberopte bestemmelsen. De nasjonale domstolene var ingen eksperter på EUs rettssystem og fikk derfor bare anvende regler som var presise og ubetingede. Det samme argument må ha gyldighet i de tilfeller EF-domstolen anvender internasjonale bestemmelser. EF-domstolen fremstår ikke som noe folkerettslig ekspertorgan, og bør av den grunn bare ta stilling til bestemmelser hvor slike bestemmelser fremstår som anvendbare.

5.4 Revisjon av Gatt 1947

GATT-avtalen fra 1947 har gjennomgått store forandringer opp gjennom årene. Avtalen har for eksempel blitt avløst av GATT 1994. Uruguay-runden var den seneste av de

³⁰ Eechout, CML Rev 1997 s 24.

store forhandlingsrunder i GATT-regi om liberalisering og videreutvikling av GATT-reglene. Forhandlingene var ambisiøse, da man ut over de klassiske bestrebelsene med å liberalisere og utbygge de eksisterende regelsett for varehandel, samtidig søkte å etablere internasjonale handelsregler på nye områder som handel med tjenesteytelser, beskyttelse av intellektuell eiendomsrett og begrensning av handelsvridende investeringsregler³¹.

Resultatet av 7 års forhandlinger resulterte blant annet i opprettelsen av Verdens handelsorganisasjon (WTO) som den felles institusjonelle ramme for handelsrelasjonene mellom avtalepartene for alle de avtaler som inngikk i Uruguay-runden. Det interessante for vår problemstilling er at WTO, sammenliknet med GATT 1947, er en organisasjon som har karakter av en institusjon. Det vil si at WTO har en mer avbalansert og stabil struktur, som bl.a. er karakterisert av at organisasjonen har en juridisk personlighet og egne beslutningsorganer. GATT's tidligere tvisteløsningssystem var i stor grad preget av forhandlingsmekanismer og fravær av bindende vedtak. Under WTO er systemet utviklet til en helt overveiende rettslig form for tvisteløsning. Denne samt en rekke andre endringer bidro til å gjøre WTO til en organisasjon med langt mer innflytelse og makt enn apparatet rundt GATT-avtalen³². Dessuten har det blitt anerkjent at mange av bestemmelsene i avtalen som finnes som bilag til overenskomsten om opprettelsen av WTO, skaper forpliktelser og innfører forbud som er ubetingede og presise³³.

En annen forskjell er at både Fellesskapet som sådant og dets medlemsstater har tiltrådt WTO med status som opprinnelige medlemmer. For GATT 1947 overtok Fellesskapet medlemsstatenes forpliktelser uten at medlemsstatene formelt mistet sine selvstendige medlemskap.

Av disse grunner var det derfor rettet stor oppmerksomhet rundt EF-domstolens syn på WTO og avtaleverkets virkning på EUs rettsorden. Ville EF-domstolen like kategorisk avvise direkte virkning for WTO's bestemmelser, eller ville den endre sin tidligere praksis?

³¹ EU karnov 2002 s.1302.

³² Ibid s.1302.

³³ Generaladvokat Saggios forslag til avgjørelse i C-149/96, Portugal, avsnitt 19.

EF-domstolen hadde i flere saker bevisst unngått å ta stilling til WTO-avtalens virkning, til tross for at spørsmålet hadde vært reist direkte av de nasjonale domstolene (Art 234), Kommisjonen og medlemsstatene (Art. 230).

5.5 Portugal mot Rådet

5.5.1 Faktum

Det var på det rene at spørsmålet ikke kunne bli unngått for alltid. I *Portugal*³⁴ anla Portugal sak etter Traktatens artikkel 230 med påstand om annullasjon av en avgjørelse vedtatt av Rådet om inngåelsen av avtalememoranda mellom Fellesskapet og Pakistan og mellom Fellesskapet og India om tiltak for markedsadgang for tekstilvarer. Påstanden om ugyldighet ble grunnet på at Rådets avgjørelse utgjorde en tilsidesettelse av prinsipper nedfelt i WTO, herunder GATT 1994.

Den portugisiske regjering anførte overfor EF-domstolen at det ikke var GATT 1947 som var omtvistet i saken, men derimot WTO-avtalene, herunder GATT 1994. På dette grunnlag hevdet Portugal at avtalene måtte behandles annerledes enn GATT 1947, særlig på grunn av avtalenes dyptgående endringer om tvistløsning.

EF-domstolen falt ned på samme resultat som stadfestet i tidligere rettspraksis vedrørende GATT 1947, men anvendte nye argumenter for sitt resultat. Disse argumentene må tas i betraktning når det skal vurderes om andre internasjonale bestemmelser/avtaler skal tilkjennes direkte virkning.

³⁴C-149/96, Portugal mot Rådet sml. 1999 s. 8395.

5.5.2 Avgjør WTO-avtalen selv spørsmålet om direkte virkning?

*Eechout*³⁵ mener *Portugal* kan deles inn i to deler. Del 1 omhandler en redegjørelse fra EF-domstolen om WTO-overenskomsten selv avgjør spørsmålet om direkte virkning, slik at domstolen ikke har anledning å ta stilling til spørsmålet. Med henvisning til *Kupferberg*³⁶ pekte EF-domstolen på at det var opp til hver enkelt deltager å avgjøre hvilke rettslige midler som var egnet for å oppfylle overenskomstens forpliktelser i den interne rettsorden, med mindre avtalen etter sin hensikt og formål selv fastsatte midler for oppfyllelsen³⁷.

Domstolen besvarte spørsmålet ved å analysere WTO's tvisteløsningsmekanismer; The Dispute Settlement Understanding (DSU).

EF-domstolen aksepterte at hovedformålet med de nye tvistereglene var å sikre en opphevelse av de ordninger som stred med WTO-bestemmelsene, men pekte på en parts mulighet til å yte midlertidig kompensasjon inntil den omtvistede foranstaltningen var opphevet.

Videre poengterte EF-domstolen at WTO-reglene også gir mulighet for å yte kompensasjon, selv hvor et tvisteløsningsorgan har vedtatt at de rettsstridige tiltakene må oppheves. Den part som unnlater å rette seg etter et slikt vedtak plikter å innlede forhandlinger for å nå frem til en akseptabel kompensasjon. Med andre ord tillot systemet WTO-medlemmene muligheten for å fastholde WTO-stridige ordninger mot å betale kompensasjon, i hvert fall på midlertidig basis. På dette grunnlag kom EF-domstolen til at avtalen ikke selv påla avtalepartene å gi avtalen direkte virkning. Det var dermed opp til domstolen å avgjøre overenskomstens virkning.

³⁵ Eechhout, Judicial enforcement of WTO law in the EU, JIEL 2002 s 84-86.

³⁶ C-104/81, 1982 s. 3641.

³⁷ C-149/96, avsnitt 35.

5.5.3 WTO og selve spørsmålet om direkte virkning

5.5.3.1 "Politiske betraktninger"

I følge *Eeckout* omhandler del to av *Portugal* selve drøftelsen av om WTO i henhold til fellesskapsretten må tillegges direkte virkning. Som vi skal se, bruker EF-domstolen i noen grad de samme trekk ved WTO-avtalen for å avvise direkte virkning i dette perspektivet, som den brukte for å avvise at WTO-avtalen selv forlangte seg tillagt direkte virkning.

EF-domstolens utgangspunkt var at også WTO, som GATT 1947, var basert på gjensidighet og fleksible løsninger. Denne omstendighet skilte etter domstolens mening GATT/WTO fra andre overenskomster som inneholdt *asymmetriske forpliktelser* og *særlige forbindelser* til Fellesskapet. Sondringen vil bli behandlet senere i oppgaven.

Det kan være verdt å merke seg at EF-domstolen på dette punktet ikke sammenlikner WTO-overkomsten med Fellesskapets bilaterale avtaler. For eksempel tilkjennes EUs bilaterale avtaler direkte virkning uten at deres tvisteløsning skiller seg merkbart fra WTO-systemet. Riktignok åpnes det for bindende voldgiftsløsninger i slike avtaler, men i praksis foretrekker Fellesskapet å fremforhandle en minnelig løsning ved et avtalebrudd. Tvister kan også løses i diverse tvisteløsningsorganer oppnevnt i avtalene, men disse bærer preg av en politisk prosess. WTO-systemet er i praksis langt mer domspreget enn politisk, sammenliknet med de bilaterale avtalene Fellesskapet er bundet av. Videre kan det pekes på at også bilaterale avtaler normalt åpner for beskyttelsestiltak i tilfelle av ekstraordinære begivenheter. Bestemmelsene kan til tider være svært like med GATT's artikkel XIX som regulerer samme situasjon. Asymmetriske forpliktelser er heller ikke et begrep som bare er forbeholdt de bilaterale avtalene. Medlemmer fra typiske utviklingsland i GATT/WTO har tradisjonelt fått mindre byrdefulle forpliktelser sammenliknet med sine mer industrialiserte avtalepartnere³⁸.

³⁸ Peers Steve, Fundamental Right or Political Whim, inntatt i Búrca og Scott (Eds), The EU and the WTO s. 119-121.

Tiltross for de mange likhetene mellom GATT/WTO og Fellesskapets bilaterale avtaler, har de to avtalene typene ikke fått samme virkning i EU-retten. Som vist nedenfor har trolig EF-domstolens vurdering av forholdet til Fellesskapets avtalepartnere i WTO sammenheng spilt en avgjørende rolle for avtalenes forskjellige virkning.

Selv om EF-domstolen sa seg enig i at WTO hadde likhetstrekk med GATT 1947, var den mer opptatt av forholdet til Fellesskapets handelspartnere. EF-domstolen utvidet sin argumentasjon i forhold til sine avgjørende argumenter i *Internasjonal Fruit*. Tidligere nøyde domstolen seg med å vise til GATT's særegenheter, uten å drøfte virkningen av dem. I *Portugal* pekte EF-domstolen på at et krav til de dømmende instanser om å unnlate å anvende nasjonale regler som er i strid med WTO-bestemmelsene, ville være ensbetydende med at de kontraherende parter lovgivningsmakt eller forvaltning mister den bestående mulighet gitt i WTO-avtaleverket om å nå frem til forhandlingsløsninger. Myndighetene ville med andre ord bli tvunget på grunn av WTO-reglens direkte virkning og forrang til å gi bestemmelsene prioritet foran for eksempel nasjonale beskyttelsestiltak; tiltak som ellers kunne vært opprettholdt hvis avtaleparten ble tilbudt kompensasjon.

For Fellesskapet ville dette innebære at dets lovgivende eller administrative myndigheter ville miste den handlefrihet, ”*scope of manoeuvre*”, som de tilsvarende myndigheter hos Fellesskapets viktigste handelspartnere ville kunne nyte godt av. I et forsøk på å styrke sitt argument anførte EF-domstolen at medkontrahentene på grunnlag av WTO-avtalenes gjenstand og formål hadde konkludert med at avtalene ikke kunne ha direkte virkning.

EF-domstolen var nok klar over at det ikke bare var Fellesskapets handlefrihet som stod på spill. Direkte virkning ville i tillegg åpne dørene for søksmål fra medkontrahenter i medlemslandenes nasjonale domstoler, uten en tilsvarende søksmålsadgang for Fellesskapets borgere for handelspartnernes nasjonale domstoler.

Domstolens henvisning til medkontrahentenes løsning på spørsmålet om direkte virkning samsvarer ikke med *Kupferberg*³⁹. EF-domstolen uttalte i *Kupferberg* at selv

³⁹ C-104/81, *Kupferberg* sml. 1982 s. 3641.

om visse av Fellesskapets bestemmelser var direkte virkende mens dette ikke anerkjennes av domstolene i den annen kontraherende stat, innebar ikke dette i seg selv og uten videre en mangel på gjensidighet i gjennomførelsen av overenskomsten. Domstolen henviste til *Kupferberg's* premiss i *Portugal*. Dersom EF-domstolen konsekvent hadde fulgt sin tidligere praksis skulle dette innebære at WTO's gjensidighetsfundament ikke ville komme i ubalanse hvis EF-domstolen i *Portugal* tilkjente WTO direkte virkning. Et slikt resonnement ville ikke domstolen følge, til det var trolig konsekvensene for alvorlige.

Steve Peers har beskrevet konsekvensene av ensidig direkte virkning slik: "Put very bluntly, the Americans and the Japanese (and likely soon the Chinese and Taiwanese) could reap huge commercial advantages from one-sided direct effect of WTO rules. Job losses and consumer safety fears which allegedly followed as a consequence would be blamed on the Court, which would be characterised by critics as the unelected enforcer of illegitimate agreements."

"Judges should not disarm politicians and civil servants, leaving them naked in the conference chamber before the Community's aggressive, heavily armed trading partners, who will pounce on any sign of weakness"⁴⁰.

Domstolens forskjellige resultater må trolig ses i lys av avtaletypene. *Kupferberg* omhandlet Portugals frihandelsavtale, mens *Portugal* omhandlet den langt mer inngripende og bredere WTO-overenskomsten. I tillegg vil Fellesskapet i egenskap av å være den sterkeste part i en bilateral handelsavtale, ha muligheten til å bestemme innholdet i en slik avtale. Dette var ikke tilfelle for WTO.

EF-domstolen antok med andre ord at de ulempene som ville oppstå for Fellesskapet dersom domstolen tilkjente WTO direkte virkning, var tilstrekkelige for å underkjenne overenskomsten direkte virkning.

Det er ikke overraskende at EF-domstolen unngikk å svekke Fellesskapets handelsmessige styrke på en slik måte, selv om argumentasjonen har et politisk

⁴⁰Peers Steve, Fundamental Right or Political Whim s. 122.

fundament. Senere i oppgaven vil jeg drøfte om det er en tendens fra EF-domstolens side å falle ned på et EU-vennlig resultat.

EF-domstolen anførte videre at mangel på gjensidighet i gjennomførelsen ville hindre en ensartet anvendelse av WTO-reglene. Sammenliknet med momentet ovenfor spilte dette en underordnet rolle for EF-domstolen og vil ikke bli drøftet ytterligere.

5.5.4 Konklusjon

Av de ovennevnte grunner konkluderte EF-domstolen med at WTO-avtalene etter deres art og oppbygning ikke utgjorde regler hvis overholdelse i fellesskapsinstitusjonene var gjenstand for etterprøvelse av EF-domstolen⁴¹. Med andre ord hadde ikke WTO-avtalene direkte virkning.

Domstolens praksis har senere blitt bekreftet⁴².

Til tross for nye argumenter er likhetstrekkene fra tidligere GATT-praksis slående. Også i *Portugal* overses de påberopte GATT-bestemmelsene. Hvilke regler det er snakk om utdypes ikke videre i dommen, utover at det er grunnleggende bestemmelser og prinsipper i WTO som var påberopt. Konklusjonen som egentlig burde vært knyttet opp til de enkelte påberopte bestemmelsene, omtalte bare WTO-avtalene på generell basis. Som antydnet ovenfor kan det virke som EF-domstolens undersøkelse stoppet ved trinn 1, siden avtalene i seg selv ikke var av en slik karakter at de kunne skape direkte virkning. Det var dermed ikke nødvendig å ta stilling til de enkelte bestemmelsenes egenskaper; trinn 2. Senere i oppgaven vil det bli vist at trinn 2 blir inkludert av EF-domstolen i forbindelse med direkte virkning av andre avtaler enn WTO.

⁴¹ C-149/96, avsnitt 47.

⁴² C-307/99, OGT, sml. 2001 s. 3159.

5.5.5 Politiske signaler

Det er interessant å merke seg at Rådet på bakgrunn av standpunktet til EUs viktigste handelspartnere vedrørende direkte virkning vedtok en preambulær paragraf om godkjenningen av WTO-overenskomsten, rådsbeslutning (Rafg) 94/800. En av bestemmelsene i preambelen stadfester at overenskomsten om opprettelse av WTO, herunder dens bilag, ikke kan påberopes direkte overfor Fellesskapets og medlemsstatenes rettsinstanser. EF-domstolen nevnte Rafg 94/800 først etter at den hadde konkludert og uttalte i den forbindelse at konklusjonen var i overensstemmelse med den preambulære bestemmelsen. Siden preambelen ikke var en del av domstolens begrunnelse er det derfor vanskelig å si hvor stor betydning den egentlig hadde.

Generaladvokat Saggio drøftet preambelens bestemmelse inngående i sitt forslag til avgjørelse, og falt ned på at bestemmelsen var av en ren politisk karakter og dermed ikke kunne ha noen som helst betydning for rettsinstansenes kompetanse til å anvende bestemmelsene i WTO⁴³.

Flere generaladvokater har riktignok antydnet at bestemmelsen har en viss vekt⁴⁴. Den må i alle fall kunne tas som inntekt for at verken Fellesskapet eller medlemsstatene hadde den intensjon om at WTO-avtalene skulle gis direkte virkning. Uavhengig av vekt samsvarte avgjørelsen i hvert fall med de politiske organenes syn på WTO. Sett i forhold til at de kontraherende parter selv har anledning til å bestemme virkningen av avtalen, kunne dette vært et moment EF-domstolen kunne begrunnet sin avgjørelse med. ”Hvis ikke Rådet vil gi avtalen direkte virkning, gjør ikke vi det heller.” Argumentet kunne vært et alternativ for EF-domstolens gjensidighetsbetraktninger.

Uansett rådsbeslutningens vekt er det i hvert fall tydelig at medkontrahentenes holdning til WTO-overenskomsten har vært et tema som Fellesskapet har ansett som viktig. Styrkeforholdet til medkontrahentene har sannsynligvis blitt tillagt vesentlig vekt av EF-domstolen, ikke nødvendigvis på grunnlag av Rafg 94/800, men på grunn av de overskuelige negative konsekvensene direkte virkning av WTO-overenskomsten kunne

⁴³ C-149/96 avsnitt 20 i uttalelsen.

⁴⁴ Wyatt and Dashwood's European Union Law, Fourth Edition s. 106.

ha ført til. Et slikt moment må derfor vektlegges når direkte virkning av internasjonale avtaler/bestemmelser skal fastslås.

5.6 WTO ikke bare GATT

Portugal omhandlet egentlig virkningen av spesifikke GATT-bestemmelser i EU-retten. EF-domstolens fremgangsmåte gjorde det derimot lett å overse denne siden av dommen, siden vurderingene konsentrerte seg kun om WTO's generelle trekk og konsekvensene dersom avtalene skulle få direkte virkning. Foruten GATT 1994 består WTO-overenskomsten av blant annet en avtale om handel med tjenesteytelser (GATS) og en avtale om handelsrelaterte aspekter av intellektuell eiendomsrett (TRIPs). Selv om *Portugals* vurderinger skulle være anvendbare for alle avtalene omfattet av WTO-avtaleverket, var det ikke dermed sagt at samtlige av WTO's avtaler aldri kunne tilkjennes direkte virkning. De tre avtaleområdene er av forskjellig karakter med hensyn til deres materielle bestemmelser. Det var derfor ingen automatikk i at disse avtalene skulle lide samme skjebne som GATT, selv om tvisteløsningssystemet var felles for samtlige avtaler.

5.6.1 TRIPs-avtalen

Spørsmålet om private parter mulighet til å påberope seg TRIPs-avtalen som en del av EU-retten ved nasjonale domstoler kom opp for EF-domstolen i *Dior*⁴⁵. Utfallet av dommen var ikke gitt siden TRIPs-avtalen var særlig egnet for å bli tilkjent direkte virkning. Allerede i artikkel 1(3) i avtalen slås det fast at "*Members shall accord the treatment provided for in this Agreement to the nationals of other Members*". *Eeckhout*⁴⁶ heller i den retning at det kan være vanskelig å argumentere mot direkte virkning av TRIPs. Han anser ikke TRIPs som en klar diplomatisk avtale mellom de kontraherende parter eller som et forhandlingsforum beskjeftiget med handelsspørsmål.

⁴⁵ C-392/98, *Dior*, sml. 2000 s. 11307. Se også C-53/96, *Hermès*, sml. 1998 s. 3603.

⁴⁶ *Eeckhout*, CMLRev, 1997 s. 32.

Selskapet Dior var innehaver av varemerkerettighetene til en rekke parfymen. Parfymene ble markedsført i Fellesskapet gjennom et meget selektivt distribusjonssystem. Dior anførte at en distributør hadde krenket Dior-varemerkene ved å selge Dior-parfymen uten at de hadde vært brakt inn i omsetning innenfor EØS av Dior selv eller med Dior's samtykke. I forbindelse med konflikten oppstod spørsmålet om prosedyrereglene fastsatt i TRIPs artikkel 50 nr.6 kunne anvendes av en nasjonal domstol på eget initiativ eller på begjæring fra en av partene. Konkret fastslår bestemmelsen at en foreløpig foranstaltning skal kjennes ugyldig eller opphøre dersom de prosedyrer som fører til en beslutning om sakens realitet ikke innledes innenfor en rimelig frist som skal fastlegges av den myndighet som beordrer foranstaltningen iverksatt. I mangel av en slik frist settes fristen til maksimum 20 arbeidsdager eller 31 kalenderdager.

EF-domstolen uttalte i den forbindelse at det fulgte av fast rettspraksis at en bestemmelse i en internasjonal avtale bare kan ha direkte virkning når det ut fra avtalens ordlyd, formål og karakter kan utledes at bestemmelsen inneholder en klar, presis og ubetinget forpliktelse, hvis oppfyllelse og rettsvirkninger ikke er betinget av at det utstedes ytterligere rettsakter.

Først må det bemerkes at utgangspunktet som ble tatt for vurderingen vedrørende direkte virkning skilte seg fra all tidligere GATT-domstolspraksis. I *International Fruit* ble det uttalt at det måtte tas hensyn til den alminnelige overenskomsts ånd, system og ordlyd. Vilåårene fastslått i *Dior* har kun vært nevnt i saker som ikke har omhandlet GATT-avtalene. Som grunnlag for utgangspunktet henviste EF-domstolen til avgjårelser som ikke omhandlet GATT-avtalen, men regler i bilaterale avtaler. Siden EF-domstolen i sitt utgangspunkt nevnte at bestemmelsen måtte være presis og ubetinget for å bli tilkjent direkte virkning, kunne det virke som om domstolen her ønsket å omfatte den påberopte bestemmelsen i sine vurderinger, noe den konsekvent hadde avstått fra tidligere. Jeg skal ikke dvele mer ved domstolens utgangspunkt, da det etter EF-domstolens *raisonnement* i dommen fortsatt må være grunnlag for å hevde at det foreligger separate analyser av henholdsvis selve avtalen og den påberopte bestemmelsen.

EF-domstolens videre fremgangsmåte og konklusjon samsvarte nemlig med tidligere praksis. Med henvisning til domspremissene i *Portugal* fastslo domstolen at WTO-avtalen og dens bilag etter deres karakter og oppbygning prinsipielt ikke hører til de regler som EF-domstolen skal anvende ved en legalitetskontroll av fellesskapsretten. *Portugal* omhandlet et direkte søksmål, jf. artikkel 230, mens *Dior* vedrørte en anmodning om forhåndsavgjørelse etter artikkel 234. Dette var likevel ikke til hinder for at EF-domstolen anvendte *Portugals* premisser til å konkludere med at TRIPs-avtalens bestemmelser på grunnlag av sine karakteristika ikke gav borgerne rettigheter som kunne anvendes for en nasjonal domstol. Med andre ord hadde ikke TRIPs direkte virkning.

Undersøkelsen av om selve artikkel 50 nr. 6 var tilstrekkelig presis og ubetinget ble slik jeg oppfatter EF-domstol ansett som unødvendig ettersom WTO-avtalens art og oppbygning utelukket at overenskomstens bestemmelser kunne ha direkte virkning. *Dior* er et godt eksempel på at WTO-bestemmelsenes direkte virkning styres av selve avtaleverket, uavhengig av hvor presis den påberopte bestemmelse er. Artikkel 50 nr.6 fremstår allerede ved første øyekast som en tilstrekkelig og klar bestemmelse som ikke er betinget av noen vedtakelse av ytterligere foranstaltninger. Dette er etter min mening en bestemmelse som er egnet for anvendelse av nasjonale domstoler.

Til tross for slike omstendigheter anså EF-domstolen det for unødvendig å drøfte den.

5.6.2 TBT-avtalen

Avtalen om tekniske handelshindringer (ATBT-Agreement on Technical Barriers to Trade) er også en del av WTO-avtaleverket. I *Omega*⁴⁷ ble EF-domstolen anmodet til å ta stilling til gyldigheten av en forordning som ble hevdet var i strid med blant annet ATBT. EF-domstolen henviste til *Portugal* nærmest fra premiss til premiss og konklusjonen ble følgelig den samme; på grunn av WTO-avtalenes art og system utgjorde ikke bestemmelsene regler som EF-domstolen kunne anvende i en legalitetskontroll av fellesskapsrettsakter.

⁴⁷ C-27/00 og C-122/00 *Omega Air*, sml. 2002 s. 2569.

5.7 Foreløpig oppsummering

5.7.1 Fremgangsmåten

Ut fra rettspraksis er det nå hevet over en hver tvil at WTO-bestemmelser ikke vil bli tilkjent direkte virkning. Dette gjelder rett nok med to unntak etablert av EF-domstolen. Foreløpig ses det bort fra disse, men de vil bli drøftet nedenfor.

Tidligere i oppgaven ble det nevnt at direkte virkning knyttet seg både til selve avtalen og de påberopte bestemmelsene. Jeg har omtalt dette som de to trinn i domstolens prøving. EF-domstolens fremgangsmåte har vært meget konsekvent. Det finnes nemlig ikke et eksempel på at domstolen har analysert de påberopte GATT/WTO-reglene med det formål å vurdere om reglene tilfredsstillende de opprinnelige krav til direkte virkning som ble etablert i *Van Gend en Loos*. Ettersom WTO-avtalenes art og oppbygning utelukker direkte virkning av bestemmelsene, har EF-domstolen ansett det som unødvendig å undersøke det konkrete innhold av de påberopte bestemmelsene. Med andre ord stoppet EF-domstolens undersøkelse opp ved trinn 1. I avsnitt 7 vil avtaler som oppfyller trinn 1 bli behandlet.

Det er ikke overraskende at flere av GATT/WTO-bestemmelsene bar preg av å være presise og ubetingede. Bestemmelsene til forløperen til GATT 1947, ITO Charter, var ment å ha slike egenskaper⁴⁸. *Pierre Pescatore* har videre antydning at noen GATT-regler kunne gis direkte virkning⁴⁹. Han pekte på at GATT 1947 hadde visse regler som var presise nok og som ut i fra formålet med avtalen ikke gjorde dem til gjenstand for forhandlinger. Han nevnte blant annet GATT's ikke-diskrimineringsprinsipp ved behandling av importert gods og forbud mot bruk av interne avgifter. Tendensen i retning av mer presise bestemmelser har preget WTO's avtaler, jf. uttalelsene ovenfor om TRIPs-avtalen.

⁴⁸ Petersmann, *Application of Gatt*, CMLRev 1983 s. 418.

⁴⁹ Pescatore, inntatt i Ørebech Peter, *GATT-rett, EØS-rett eller EF-rett?* s. 23.

Poenget med kravene til direkte virkning er at bestemmelsene skal være av en slik karakter at de er anvendbare for en domstol. Hvorfor kunne ikke disse bestemmelsene bli anvendt av domstolene? Jeg prøver å svare på spørsmålet straks nedenfor.

5.7.2 Argumentene

Argumentene som har vært anvendt av EF-domstolen for å avslå GATT-bestemmelser direkte virkning har i avgjørelsene frem til *Portugal* vært nærmest identiske. Avtalens grunnlag i gjensidige fordelaktige avtaler, karakterisert ved stor smidighet i sine bestemmelser har alltid vært trukket frem. Argumentasjonen har ikke vært like overbevisende, da flere av Fellesskapets andre avtaler også har inneholdt fleksible bestemmelser og forhandlingsselementer, uten at disse avtalene har blitt frakjent direkte virkning. Fellesskapets frihandelsavtale med Portugal er ett av flere eksempler. I *Kupferberg* ble det slått fast at selv om deltakerne hadde opprettet en særlig institusjonell ramme for sine innbyrdes konsultasjoner og forhandlinger vedrørende oppfyllelsen av avtalen, var ikke det i seg selv tilstrekkelig til helt å utelukke at de nasjonale domstolene anvendte avtalen. Tilsvarende gjaldt for beskyttelsesklausulene som gjorde det mulig for deltakerne å fravike visse bestemmelser i avtalen. Det moment at GATT inneholder bestemmelser som ikke fremstår som like forpliktende er ikke uvanlig, men heller karakteristisk for alle internasjonale avtaler⁵⁰.

Det bør også tas i betraktning at andre EU-land har ansett en rekke GATT-bestemmelser for å være direkte virkende, blant annet har Italias Høyesterett gitt en rekke GATT-regler direkte virkning i den italienske rettsorden⁵¹.

Det eksisterer mange likheter mellom GATT 47 og Fellesskapets bilaterale avtaler. Jeg skal ikke gå inn på dem alle⁵². I denne sammenheng holder det å peke på at likheter eksisterer med andre avtaler og at dette svekker argumentasjonen til EF-domstolen siden omstendighetene har vært tillagt avgjørende betydning for GATT, men ikke i forhold til de andre avtalene. EF-domstolens argumentasjon kan derfor ha vært preget

⁵⁰ Petersmann, CML Rev 1983 s. 418.

⁵¹ C-266/81, SIOT sml. 1983 s. 731 og C-267-269/81, SPI /SAMI sml. 1983 s. 801.

⁵²For ytterligere sammenlikning se Petersmann, CML Rev 1983 s. 425.

av andre ikke like innlysende momenter. GATT 47 er passé, men analysen nedenfor gir forhåpentligvis et innblikk i hvilke hensyn EF-domstolen er villig til å ta i betraktning når den skal avgjøre spørsmålet om direkte virkning.

5.7.2.1 Beskyttelsestiltak

En side ved *International Fruit* som ikke ble nevnt av EF-domstolen, men som ble pekt på av Generaladvokat Mayras' forslag til avgjørelse, var forhistorien til forordningene. Forordningene inneholdt blant annet en beskyttelsesklausul som kunne anvendes såfremt Fellesskapets indre marked for visse landbruksvarer var truet av alvorlige forstyrrelser som kunne bringe målsetningene for den felles landbrukspolitikk i fare⁵³. Med hjemmel i forordningen ble det iverksatt krav om fremleggelse av importtillatelse på det grunnlag at Kommisjonen anså fellesmarkedet for spiseepler som truet. Flere frukt- og grønnsaksimportører bestred tiltakets gyldighet fordi de mente det var i strid med GATT's artikkel XI.

Direkte virkning av artikkel XI ville ha ført til at importørene kunne påberopt seg bestemmelsen i et ugyldighetssøksmål for den aktuelle nasjonale domstol. Dersom det hadde blitt statuert en konflikt mellom forordningen og artikkel XI, måtte den nasjonale domstol ha gitt GATT-bestemmelsen prioritet, med det resultat at Fellesskapets indre marked mest sannsynlig ville bli svekket. EF-domstolen var neppe interessert i å øke mulighetene for et slikt resultat.

Momentet var preget av politiske overveielser, og var trolig av den grunn kun berørt i Generaladvokatens forslag.

I *Schlüter* var bakgrunnen for forordningen å imøtese konkurransevridning i disfavør av tyske og nederlandske landbruksprodusenter og forstyrrelser i samhandelen med landbruksprodukter grunnet valutasvingninger. Rådet vedtok derfor en forordning som innførte et system med utlikningsbeløp for import og eksport både vedrørende samhandelen mellom medlemslandene innbyrdes og mellom medlemslandene og

⁵³ C-21-24/72, Genraladvokat Mayras' forslag til avgjørelse s. 301-304.

tredjeland. Forordningen var i så måte ment som et beskyttelsestiltak både for de respektive landbruksprodusentene og fellesmarkedet.

Saksøker anførte at forordningen var ugyldig fordi den stred mot GATT's artikkel II. Direkte virkning av artikkelen ville fått samme konsekvenser som nevnt i *International Fruit*. Jeg henviser derfor til drøftelsen ovenfor.

Begge eksemplene gir indikasjoner på at EF-domstolen her ønsket å støtte opp om en EU-vennlig løsning.

5.7.2.2 Hva søkes ugyldiggjort

Ikke på langt nær all fellesskapslovgivning fremstår som direkte beskyttelsestiltak fra Fellesskapets side. Store deler av Fellesskapets lovgivningen søker å regulere spesifikke markeder med det formål å effektivisere handelen. Hva vil skje med markedene hvis reglene som regulerer disse blir gjenstand for ugyldighetssøksmål på det grunnlag av at de strider mot bestemmelser i tredjelsavtaler? Rådets forordning⁵⁴ om den felles markedsordning for bananer er et eksempel. Forordningen forfølger blant annet landbrukspolitiske mål, samt en utviklingspolitikk til fordel for "AVS-statene"⁵⁵. Formålet er å effektivisere handelen med bananer. Forordningen har stått imot flere ugyldighetssøksmål grunnet uforenlighet med GATT-bestemmelser⁵⁶ fordi EF-domstolen ikke har vært villig til å gi dem direkte virkning. Dersom saksøkere kunne anvende GATT-regler for å utfordre bananforordningen, ville dette vært ensbetydende med å stikke kjepper i hjulene for den effektivitetsøkning forordningen søkte å etablere. Resultatet ville i dette tilfelle trolig fått negative konsekvenser for EUs bananmarked og AVS-statene.

Tilsvarende vil gjelde for andre markeder hvis det åpnes for å få annullere EU-lovgivning som søker å regulere Fellesskapets handel. Det kan være verdt å merke seg at det store flertall av GATT-saker reist for EF-domstolen omhandler GATT-

⁵⁴ Forordning nr. 404/93 av 13.feb. 1993.

⁵⁵ Afrikanske-, Karibiske- og Stillehavsstater.

⁵⁶ C-280/93, sml. 1994 s. 4973 og C-307/99, sml. 2001 s. 3159.

bestemmelser som påberopes for å ugyldiggjøre nettopp en fellesskapsrettsakt. Jeg skal ikke hevde at slike argumenter har påvirket EF-domstolens avgjørelser. Domstolen har ikke selv ytret slike tanker. Den har heller gjort det motsatte. I *SPI* og *SAMI* uttalte EF-domstolen at det var uten større betydning om den nasjonale retts prøvelse dreide seg om gyldigheten av fellesskapsrettsakter eller nasjonale lovbestemmelers forenlighet med forpliktelser som påhviler Fellesskapet. Slik jeg oppfatter EF-domstolen vil bedømmelsen av direkte virkning ikke bli påvirket av hvilke bestemmelser som søkes satt til side. Uttalelsen fratar argumentet ovenfor noe av sin vekt, men den må tas i betraktning at det var ytret i en GATT-avgjørelse hvor EF-domstolen uansett ikke ville gitt GATT direkte virkning. Domstolen har heller ikke gjentatt sitt argument i saker hvor det har vært naturlig⁵⁷. Analyseres de avgjørelser hvor direkte virkning har blitt tilkjent, fremkommer det at nesten samtlige avgjørelser omhandler nasjonale bestemmelers uforenlighet med regler i tredjelandssavtaler. Konsekvensene av at en nasjonal rettsregel eventuelt blir satt til side, vil til sammenlikning ikke berøre Fellesskapet på samme inngripende måte. Resultatet vil i første rekke kun berøre den aktuelle medlemsstaten. Av den grunn vil det etter min mening være lettere for EF-domstolen å tilkjenne bestemmelser i bilaterale avtaler som normalt påberopes i den hensikt å få satt tilside nasjonal lovgivning direkte virkning enn GATT/WTO-avtalene.

Sett i lys av at EF-domstolen ved en rekke anledninger, både internt og eksternt, har vist seg villig til å fremme Fellesskapets interesser, synes jeg sontringen er verdt å peke på. På det grunnlag mener jeg at slike konsekvensanalyser også i den aktuelle sammenheng må kunne foretas av EF-domstolen. Konsekvensene av direkte virkning, avhengig av hva slags type lovgivning som utfordres, kan ha vært tanker som har vært tenkt ”på kammerset” hos EF-domstolen.

EF-domstolen har trolig ikke vært overbegeistret for avtaler/regler (les GATT/WTO) som anvendes i den hensikt å forstyrre det system EU-lovgivning etablerer for økonomisk vekst i fellesmarkedet⁵⁸.

⁵⁷ C-469/93 sml. 1995 s. 4533. GATT-bestemmelser ble her påberopt for å motsette seg anvendelsen av nasjonale rettsforskrifter.

⁵⁸ Craiq & De Búrca, Third Edition s. 195, hvor sontringen nevnes.

5.7.2.3 Det avgjørende argument

Portugal representerer et skift i EF-domstolens argumentasjonen. WTO's ikrafttredelse gjorde det trolig nødvendig å forbedre den tidligere argumentasjonen. I stedet for å forfølge de klassiske argumentene fra *International Fruit*, vektla EF-domstolen hvilke konsekvenser det ville ha for Fellesskapet å gi WTO direkte virkning i en situasjon hvor Fellesskapets viktigste handelspartnerne hadde avvist WTO en slik virkning.

Det har vært hevdet at EF-domstolens ”virkelige grunn” til ikke å tilkjenne GATT 47 direkte virkning var det faktum at medkontrahentene ikke tilkjente overenskomsten direkte virkning. En populær tolking av *Portugal* har vært at EF-domstolen endelig spilte med åpne kort⁵⁹.

Hensynet til avtalepartenes holdning til GATT har antagelig blitt et mer tungtveiende argument etter hvert som GATT videreutviklet seg. WTO fremstår i dag som et avtalekompleks med vesentlig større dybde og bredde enn GATT 47. Av den grunn har WTO fått større betydning for Fellesskapet, noe som gjør det desto viktigere å være jevnbyrdig med sine handelsparter.

EF-domstolen viste i *Portugal* at disse fellesskapsvennlige ”politiske betraktningene” må tas i betraktning når direkte virkning av internasjonale avtaler inngått av Fellesskapet skal bedømmes. Det er verdt å merke seg at WTO og internasjonale avtaler generelt ville dratt nytte av direkte virkning ved at de ville blitt mer effektive. Et av hovedformålene bak doktrinen i den interne fellesskapsretten er effektivitet. Poenget er imidlertid at EF-domstolen ikke ønsker å effektivisere disse avtalene på Fellesskapets bekostning. Dersom den blir stilt ovenfor valget, har den vist i forhold til GATT/WTO at den prioriterer å fremme Fellesskapets interesser.

⁵⁹ Eechout, JIEL 2002 s. 86.

6 UNNTAK

6.1 Fediol-doktrinen

Det er på det rene at WTO-avtalene på grunn av deres art og oppbygning ikke kan inneholde bestemmelser som har direkte virkning og dermed kan anvendes for en nasjonal domstol eller EF-domstolen. Dette utelukker likevel ikke EF-domstolen i å prøve gyldigheten av EU-lovgivning i forhold til GATT/WTO-bestemmelser under visse forutsetninger.

*Fediol*⁶⁰ var den første saken hvor EF-domstolen prøvde gyldigheten av en fellesskapsrettsakt i forhold til en rekke påberopte GATT-bestemmelser, selv om disse ikke tilfredsstilte kravene til domstolsprøvelsen etablert i *International Fruit*.

Interesseorganisasjonen Fediol anla sak med påstand om annullasjon av et avslag fra Kommisjonens side på en anmodning om å iverksette undersøkelser av om Argentina utøvde urettmessig handelspraksis i forbindelse med eksport av soyaprodukter. Saksøkeren var av den oppfatning at forordningen som avslaget støttet seg på stred mot flere av GATT's bestemmelser. Det var grunnlag for å hevde dette da det i selve forordningen var fastslått at urettmessig handelspraksis må forstås som adferd som er uforenelig med folkeretten eller med alminnelig anerkjente regler. Dette momentet viste seg å være avgjørende for EF-domstolen.

EF-domstolen konkluderte med at når det ved en forordning ble skapt en rett for de berørte ervervsdrivende til å påberope seg bestemmelsene i GATT i en klage som rettes til Kommisjonen med henblikk på å avgjøre om en handelspraksis er rettsstridig, hadde derfor de samme ervervsdrivende rett til å anlegge sak ved EF-domstolen for å få prøvet

⁶⁰ C-70/87, *Fediol*, sml. 1989 s.1781.

lovligheten av en kommisjonsavgjørelse som bringer disse bestemmelsene til anvendelse⁶¹. Med andre ord fikk GATT-bestemmelsene ”direkte virkning” gjennom forordningen. Hvor GATT-regler brukes som grunnlag for legalitetskontroll på denne måten, er det vanlig å si at de har avledet virkning.

De påberopte GATT-bestemmelsene fikk anvendelse fordi forordningen avslaget støttet seg på henviste til folkeretten og alminnelige anerkjente regler. Ikke overraskende slo EF-domstolen fast at GATT faktisk er slike folkerettsregler som forordningen viste til. Hvor konkret henvisningen i forordningen må være er det vanskelig å lese ut av dommen. *Fediol* henviste bare til folkeretten og alminnelige anerkjente regler. Etter mitt syn er dette en meget generell henvisning og det kunne derfor tyde på at ”lista” var blitt lagt lavt.

Doktrinen ble bekreftet og spesifisert i *Tyskland mot Rådet*⁶². Det ble her slått fast at unntaket kommer til anvendelse hvor fellesskapslovgivningen uttrykkelig henviser til presise⁶³ bestemmelser i overenskomsten.

6.2 Nakajima-doktrinen

EF-domstolen har tilkjent GATT-bestemmelser avledet virkning også for tilfeller utover *Fediol*-doktrinen.

I *Nakajima*⁶⁴ anfektet saksøkeren en av Rådets utstedte antidumpingforordninger om innførsel av en endelig antidumpingtoll på import av visse varer. Nakajima hevdet at forordningen stred mot en rekke bestemmelser i GATT’s antidumpingkodeks. Kodeksen var inngått mellom en rekke av de kontraherende parter i GATT hvor de blant annet hadde blitt enige om flere detaljerte gjennomføringsbestemmelser.

⁶¹ Ibid avsnitt 22.

⁶² C-280/93, sml. 1994 s. 4973.

⁶³ Se punkt 6.3 for en analyse av EF-domstolens ordvalg i forhold til de ”klassiske krav” til direkte virkning.

⁶⁴ C-69/89, *Nakajima mot Rådet* sml. 1991 s. 2069.

Saken var noe spesiell da Nakajima ikke påberopte seg at antidumpingkodeksen oppfylte de alminnelige vilkår for å ha direkte virkning. Nakajima mente imidlertid at dette ikke var til hinder for at forordningens gyldighet kunne etterprøves ved et direkte ugyldighetssøksmål⁶⁵.

Dette var EF-domstolen enig i. Det avgjørende for antidumpingkodeksens avledede virkning, var at den påberopte antidumpingforordningen var blitt vedtatt i overensstemmelse med bestående internasjonale forpliktelser, især de som følger av GATT's artikkel VI og antidumpingkodeksen. EF-domstolen antok på dette grunnlag at forordningen var blitt utstedt med henblikk på å oppfylle Fellesskapets internasjonale forpliktelser, og at det derfor påhvilde EF-domstolen å sikre en overholdelse av GATT og dens gjennomføringsbestemmelser⁶⁶.

Doktrinen ble bekreftet i *Tyskland mot Rådet*⁶⁷. EF-domstolen slo her fast at domstolen bare kan prøve gyldigheten av en fellesskapsrettsakt i forhold til GATT's bestemmelser i tilfeller hvor Fellesskapet har villet oppfylle en særlig forpliktelse som er vedtatt innenfor rammen av GATT. Den engelske versjonen lyder: "*it is only if the Community intended to implement a particular obligation entered into within the framework of GATT ...*".

Generaladvokat Saggio uttalte i sitt forslag til avgjørelse i *Portugal* at doktrinen kun har bindende virkning i Fellesskapets rettsorden hvor den anfektede akt var en gjennomførelse av den alminnelige overenskomst, det vil si såfremt det er en funksjonell sammenheng mellom GATT-bestemmelsene og fellesskapsrettens bestemmelser.

Den eksakte rekkevidden av doktrinen er vanskelig å fastslå⁶⁸. Det vil trolig kunne oppstå tvilstilfeller hvor det ikke er klart om Fellesskapet hadde til hensikt å oppfylle en særlig GATT-forpliktelse. Mengden av handelspolitiske instrumenter vedtatt i

⁶⁵ For en begrepsanalyse av direkte virkning i snever og vid forstand se Craiq & Búrca, Third Edition, s. 178-182.

⁶⁶ C-69/89, Nagajima, avsnitt 31.

⁶⁷ C-280/93, sml. 1994 s. 4973.

⁶⁸ For en grundigere gjennomgåelse se Eechout, JIEL 2002 s. 97-102.

kjølvannet av Uruguay-runden skulle illustrerer problemet⁶⁹. Om disse instrumentene er vedtatt for å oppfylle en fellesskapsforpliktelse eller ikke, må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle.

Både Fediol- og Nagajima-doktrinen utvidet EF-domstolens adgang til legalitetskontroll. I den forbindelse kan det være verdt å merke seg at ingen avgjørelser så langt har kjent en fellesskapsregel ugyldig. På grunnlag av den foreliggende rettspraksis er det foreløpig for tidlig å konkludere med at EF-domstolen også her har lagt seg på en EU-vennlig linje. Det eneste sikre så langt er at domstolen i hvert fall har gjort det klart at den anser seg kompetent til å etterprøve EU-lovgivning selv hvor de internasjonale bestemmelsene ikke har direkte virkning.

6.3 *Fediol og Nagajima* i forhold til de "klassiske krav" til direkte virkning

I dette avsnittet skal det tas stilling til om Fediol- og Nakajima-doktrinene forutsetter at de aktuelle GATT/WTO-bestemmelsene må være presise og ubetingede for at EF-domstolen kan prøve gyldigheten av en fellesskapsregel. Den danske og franske språkversjonen i *Tyskland mot Rådet* uttrykker at bestemmelsene må være henholdsvis presise og précises for at Fediol-doktrinen skal komme til anvendelse. På dette grunnlag kunne en tro at de klassiske krav var opprettholdt. Den tyske og engelske språkversjonen går derimot i motsatt retning, når det her uttrykkes at fellesskapslovgivningen må henvise til en henholdsvis spesielle og specific GATT-bestemmelse. De forskjellige språkversjonene gir ikke et klart svar på spørsmålet. Tolkes derimot uttalelsene i sammenheng med EF-domstolens tidligere uttalelser i *Tyskland mot Rådet*, synes det som rimelig klart at bestemmelsene ikke trenger å oppfylle de klassiske krav til direkte virkning for at EF-domstolen skal kunne anvende dem i et ugyldighetssøksmål. Domstolen uttalte nemlig at GATT-bestemmelser på grunn av overenskomstens særlige omstendigheter ikke var ubetingede og at reglene ikke var umiddelbart anvendelige i de kontraherende parters nasjonale rettsorden. Med andre ord skulle det være tilstrekkelig at fellesskapsretten uttrykkelig henviser til særskilte bestemmelser i GATT-avtalen.

⁶⁹ Eeckhout, CML Rev 1997 s 46-47.

Samme løsning må legges til grunn i *Nagajima*. Av dommen fremgår det eksplisitt at den ikke omhandler spørsmålet om antidumpingkodeksens umiddelbare rettsvirkninger, dvs. om kodeksen er tilstrekkelig presis og ubetinget slik at den kan påberopes for EF-domstolen. Saksøker er bare interessert i om EF-domstolen kan prøve gyldigheten til antidumpingforordningen uavhengig av kodeksens eventuelle ”klassisk” direkte virkning. EF-domstolen svarte bekreftende på det. Løsningen er i tillegg i samsvar med samtlige språkversjoner, som anvender vendingene særlig, bestimmt, particular og particulière om den påberopte forpliktelsen.

Heller ikke for folkerettslige sedvanerettsregler er det et krav til at de påberopte bestemmelsene må være presise og ubetingede for at EF-domstolen skal anvende dem. I *Racke*⁷⁰ anvendte domstolen folkerettslige sedvanerettsregler selv hvor den presiserte at de påberopte bestemmelsene var upresise.

6.4 Utvidet anvendelsesområde

Fediol- og Nagajima-doktrinene ble etablert i avgjørelser som alle omhandlet GATT 1947. I *Portugal* slo EF-domstolen fast at unntakene også var anvendelige for WTO-bestemmelsene. Dette ble senere bekreftet i *Omega*⁷¹ hvor unntakene fikk anvendelse for TBT- avtalen (Technical Barriers to Trade). Dommene nevner ikke noe om unntakenes rekkevidde utenfor WTO-overenskomsten. Det er likevel grunn til å tro at EF-domstolen vil anvende unntakene også i andre tilfeller. Tidligere har jeg nevnt at WTO-avtalekomplekset er et omfattende system med mektige medkontrahenter. Momentet er en av grunnene til EF-domstolens tilbakeholdenhet når det gjelder å tilkjenne avtaleverket direkte virkning. Når domstolen så anvender doktrinene på WTO-avtalekomplekset, ser jeg ingen grunn til at de samme unntak også kan få anvendelse på mindre inngripende avtaler inngått av Fellesskapet. Problemet har foreløpig ikke oppstått fordi EF-domstolen frem til i dag har valgt å tilkjenne de påberopte bestemmelser i andre tredjelandsavtaler enn GATT/WTO direkte virkning.

⁷⁰ C-162/96, *Racke* sml. 1998 s 3655 avsnitt 52.

⁷¹ C-27/00 og 122/00, *Omega Air*, sml. 2002 s. 2569.

Nakajima-doktrinen ble senere utvidet til også å gjelde for prinsipper i den folkerettslige sedvaneretten. I *Racke*⁷² utfordret en tysk importør gyldigheten av en EU-forordning som suspenderte handelsinnrømmelser som saksøker var tildelt gjennom tredjelandssavtalen med Jugoslavia. Siden avtalen ikke hadde egne bestemmelser om suspensjon anførte saksøkeren at suspensjonen av avtalen var i strid med de folkerettslige sedvanereglene om suspensjon av avtaler, jf. Wien-konvensjonens artikkel 62, slik at den opprinnelige handelsavtalen derfor måtte bestå. Det fremgikk nemlig av suspensjonforordningens preambel at suspensjonen av handelsavtalen var basert på de store omveltningene som hadde funnet sted i Jugoslavia. EF-domstolen bemerket at Wien-konvensjonen ikke var bindende for verken Fellesskapet eller medlemsstatene, men at Den Internasjonale Domstolen hadde slått fast at blant annet Wien-konvensjonens artikkel 62 var å anse som en kodifikasjon av den eksistene sedvaneretten.

EF-domstolen slo fast at *Racke* ikke omhandlet direkte virkning av de folkerettslige sedvanerettsreglene.

Det fulgte da av Nagajima-doktrinen at EF-domstolen kunne ta stilling til forordningens gyldighet på grunnlag av de folkerettslige regler som var den direkte foranledning til forordningen, uten å ta hensyn til om disse folkerettslige reglene oppfylte de alminnelige vilkår for direkte virkning.

Domstolen konkluderte med at en borger som støtter seg direkte på rettigheter i en tredjelandssavtale, ikke kan fratas muligheten til å anfekte gyldigheten av en forordning, som suspenderer handelsinnrømmelsene gitt i avtalen, ved å hindre vedkommende i å påberope seg de relevante folkerettslige sedvanerettsreglene som regulerer traktatforbindelsenes opphør og suspensjon. Med andre ord måtte saksøkers rettigheter i tredjelandssavtalen opprettholdes, dersom forordningen som suspenderer avtalen stred mot folkerettslige sedvanerettsregler om opphør og suspensjon av traktatforpliktelsene. I *Racke* var de folkerettslige suspensjonsreglene overholdt av Fellesskapet, slik at de gunstige tollsatser etablert i samarbeidsavtalen forble opphevet.

⁷² C-162/96, sml. 1998 s. 3655.

EF-domstolen begrenset den rettslige kontroll som følge av at de folkerettslige reglene om opphør og suspensjon var vanskelige og omhandlet visse begreper som var upresise. Kun i de tilfeller hvor Rådet hadde foretatt åpenbare uriktige skønnsvurderinger i forbindelse med anvendelsen av disse reglene, var en etterprøvelse på sin plass.

Et poeng som etter min mening er verdt noen refleksjoner, er hvor overbevisende EF-domstolens argumentet var i forbindelse med domstolens syn på at *Racke* ikke omhandlet direkte virkning av folkerettslige sedvaneretsregler. Slik jeg ser det utfordret *Racke* gyldigheten av en EU-forordning som suspenderte tredjelandsavtalen, på det grunnlag at suspensjonsavgjørelsen stred mot folkerettslig sedvanerett. Er ikke denne situasjonen den samme som for eksempel hvor en importør utfordrer Fellesskapets importbestemmelser på det grunnlag at reglene strider med GATT, jf. *International Fruit* eller for å ta et annet eksempel, hvor en medlemsstat eller importør anfekter Fellesskapets bananforordninger fordi de strider mot GATT/WTO⁷³.

I forhold til sammenhengen med avgjørelsene vedrørende direkte virkning av GATT/WTO så antagelig EF-domstolen seg nødt til å presentere *Racke*-problemstillingen som et spørsmål som ikke omhandlet direkte virkning. For hva skulle være et overbevisende argument for å hevde at folkerettslige sedvaneregler har direkte virkning, men ikke WTO? Disse reglene er ofte langt mer upresise enn WTO's avtaleverk, samtidig som det er uvisst hvilke regler som bare er folkerettslige og hvilke som er folkerettslige sedvaneregler. I tillegg er utgangspunktet for sedvaneretten at den gjelder for alle verdens stater i motsetning til traktater som bare binder avtalepartene. I det øyeblikk EF-domstolen hadde tilkjent folkerettslige sedvaneregler direkte virkning ville dette vært et meget godt argument for å hevde at WTO-overenskomsten også måtte tilkjennes direkte virkning.

Enkelte forfattere har antydnet at EF-domstolen i *Racke* strekker prinsippene etablert i *Fediol* og *Nakajima* for langt. Det har blitt uttalt at de to avgjørelsene best kan forsvares på det grunnlag at bestemmelser som ikke har direkte virkning, likevel kan anfekte fellesskapslovgivning hvor slik lovgivning uttrykkelig fastsetter eller forutsetter at EF-domstolen kan anvende bestemmelser i tredjelandsavtaler.

⁷³ C-280/93 Sml. 1994 s. 4973 og C-307/99, OGT Sml. 2001 s. 3159.

I den forbindelse har *Wyatt og Dashwood*⁷⁴ uttalt:

”The reference to radical change of circumstances in the preamble to the regulation is not of itself a convincing indication of a legislative intention to condition the efficacy of the regulation on its compatibility with international law”.

Rekkevidden av dommen er vanskelig å bedømme da linken mellom de aktuelle folkerettslige bestemmelsene er vesentlig svakere enn i både *Fediol* og *Nakajima*. Det er likevel verdt å merke seg at EF-domstolen er villig til å etterprøve gyldigheten av forordninger, selv på grunnlag av bestemmelser som ikke direkte kan utledes av en tredjelandssavtale Fellesskapet har inngått. En måte å tolke *Racke* på er at EF-domstolen kanskje er villig til å gå lenger i å anvende folkeretten som grunnlag for legalitetskontroll utenfor WTO enn det som følger av *Fediol* og *Nakajima* i forhold til WTO.

*Biotechnologisaken*⁷⁵ er det siste eksempelet som skal nevnes i forbindelse med rettslig etterprøving av bestemmelser som ikke anses for å være direkte virkende. Saken omhandlet et annullasjonssøksmål, hvor direktivet for rettslig beskyttelse av bioteknologiske oppfinnelser ble utfordret på grunnlag av at det stred mot TRIPs-avtalen, TBT-avtalen og konvensjonen om det biologiske mangfold. EF-domstolen slo fast at ingen av de tre påberopelsesgrunnlagene inneholdt bestemmelser som var direkte virkende i den forstand at de at de skaper rettigheter som borgerne kan gjøre gjeldende direkte ved de nasjonale domstolene. Dette utgjorde derimot ikke en hindring for domstolsprøvelse av om de forpliktelser som pålegges Fellesskapet overholdes. Det som skiller *Biotechnologisaken* fra *Nakajima* og *Racke* var at EF-domstolens uttalelse her var et obiter dictum. Etterprøvelsen ble gjort på et annet grunnlag. Domstolen uttalte nemlig at den forsto saksøkers anførsler dit hen at de ikke gikk ut på om at Fellesskapet direkte hadde tilsidesatt sine internasjonale forpliktelser, men snarere at direktivet påla medlemsstatene å sette tilside sine egne forpliktelser i henhold til internasjonal rett, selv om det etter direktivets ordlyd måtte antas at det ikke berørte medlemsstatenes forpliktelser. I det minste av den grunn kunne anførselene realitetsbehandles⁷⁶. Denne nye fremgangsmåten øker kompleksiteten av rettspraksis vedrørende domstolsprøvelse av bestemmelser som ikke har direkte virkning⁷⁷.

⁷⁴ Wyatt and Dashwood's, Fourth Edition s. 109.

⁷⁵ C-377/98, sml. 2001 s. 7079.

⁷⁶ Ibid. avsnitt 55 og 56.

⁷⁷ For en antydning av problemene se: Eeckhout, JIEL 2002 s. 100-101.

7 HVA SLAGS TYPE AVTALER ER EGNET TIL Å FÅ DIREKTE VIRKNING

7.1 Utgangspunktet

Oppgaven så langt har kun drøftet vilkår og virkning av GATT/WTO-avtalene. Fellesskapets internasjonale avtaler inkluderer også en lang rekke andre både bilaterale og multilaterale avtaler, hvis struktur har flere likhetstrekk med GATT/WTO-overenskomsten. Interessant vil det derfor være å se om EF-domstolen faller ned på samme restriktive resultat i forbindelse med disse avtalenes direkte virkning.

Portugal vil bli brukt som utgangspunkt. Som nevnt ovenfor ble det i dommen slått fast at WTO bygget på prinsippet om forhandlinger på grunnlag av gjensidighet og gjensidig fordelaktige avtaler. Gjensidighetsaspektet var en avgjørende grunn til at avtalekomplekset ikke ble tilkjent direkte virkning. Det interessante ved dommen var at det ble gitt eksempler på avtaler som skilte seg fra WTO. Slik jeg oppfatter EF-domstolens uttalelse i *Portugal*, ville den med sontringen klargjøre hva slags type avtaler den mente inneholdt karakteristika som kunne gi bestemmelsene direkte virkning. Slike avtaler var etter EF-domstolens syn avtaler som inneholdt *asymmetriske forpliktelser* eller avtaler som etablerte *særlige forbindelser* med Fellesskapet. I underavsnitt 7.3 vil det bli redegjort for begrepet asymmetriske forpliktelser.

Tidligere hadde EF-domstolen hintet at avtaler som blant annet tok sikte på å forberede en stat på inntreden i Fellesskapet, sannsynligvis hadde evnen til å bli tilkjent direkte virkning. I *Pabst*⁷⁸ ble det uttalt at den aktuelle bestemmelsen var en av flere bestemmelser som hadde som formål å forberede Hellas på et fremtidig medlemskap. Etter avgjørelsen i *Portugal* kunne det virke som om det avgjørende for internasjonale avtaler ikke var forberedelsesaspektet, men om avtalene inneholdt særlig forbindelser

⁷⁸ C-17/81, Pabst og Richarz sml. 1982 s. 1331.

som gikk utover multilaterale forpliktelser eller om de tillot asymmetrisk behandling. Hva slags konsekvenser et slikt fornyet utgangspunkt har, er ikke lett å peke på. Spesielt avtaler som har som formål å legge forholdene gradvis til rette for en stats inntreden i Fellesskapet, må nødvendigvis skape særlige forbindelser. For slike ”pre-medlemskapsavtaler” har EF-domstolens nye utgangspunkt trolig liten betydning. Uttalelsen åpnet derimot for at en lang rekke andre avtaler lettere kunne bli tilkjent direkte virkning.

Nedenfor vil det bli drøftet hva slags type avtaler som kan tilfredsstillende EF-domstolens nye begreper særlige forbindelser eller asymmetriske forpliktelser. Disse karakteristikkenes vil trolig bli vektlagt når direkte virkning av internasjonale bestemmelser skal avgjøres. Selv om jeg kategoriserer avtaletypene, er det ikke utelukket at en og samme avtale både kan inneholde særlige forbindelseslinjer til Fellesskapet, samtidig som den har visse asymmetriske elementer.

7.2 Avtaler som etablerer særlige forbindelser

7.2.1 Frihandelsavtaler

Portugals frihandelsavtale, som omtalt i *Kupferberg*⁷⁹, ble i *Portugal* nevnt som et eksempel på en avtale som etablerte en *særlig forbindelse* til Fellesskapet.

Kupferberg omhandlet en tvist mellom en tysk importør og de tyske tollmyndigheter vedrørende en avgiftssats for den monopolutligning som ble anvendt på et parti portvin med opprinnelse i *Portugal*. Importøren hevdet at avgiften som var hjemlet i tysk lov, stred mot artikkel 21 nr.1 i frihandelsavtalen mellom Fellesskapet og Portugal. Bestemmelsen nedla et forbud mot alle foranstaltninger og intern avgiftspraksis av fiskal art som direkte eller indirekte bevirket en forskjellsbehandling av avtalepartens varer. Frihandelsavtalen opphørte da Portugal ble medlem i Fellesskapet, men dommen illustrerer likevel flere interessante poenger.

⁷⁹ C-104/81, sml. 1982 s. 3641.

En tysk domstol anmodet EF-domstolen om å ta stilling til om overenskomstens artikkel 21 var av en slik karakter at borgere/virksomheter kunne påberope seg denne for en nasjonal domstol.

Flere regjeringer anførte i sine innlegg til EF-domstolen at bestemmelser i en tredjelandsavtale ikke kunne få direkte virkning bare ved at de ble ansett for å være presise og ubetingede. Regjeringene underbygget sin påstand med å vise til at gjennomføringen av Frihandelsavtalen bygget på et forhandlingsprinsipp grunnet på gjensidighet, særlig i forbindelse med tvisteløsning og mulighetene for å iverksette beskyttelsestiltak som gjorde det mulig for partene å fravike avtalene.

Argumentene er velkjente fra *International Fruit*. Premissene var lagt til rette for EF-domstolen, som kun trengte å gjenta sin argumentasjon i sin opprinnelige dom for å avslå direkte virkning. Men EF-domstolen valgte en annen løsning.

EF-domstolen startet sin redegjørelse med å nevne at deltagerne hadde opprettet en særlig institusjonell ramme for partenes innbyrdes konsultasjoner og forhandlinger vedrørende oppfyllelsen av avtalen. Videre ble det nevnt at avtalen ga rom for beskyttelsesklausuler som gjorde det mulig å fravike visse av avtalens bestemmelser. Med andre ord inneholdt også Frihandelsavtalen gjensidige fordelaktige ordninger som var karakterisert ved stor smidighet i sine bestemmelser.

Om Frihandelsavtalens innslag av forhandlinger rettferdiggjorde en annen løsning enn den som ble lagt til grunn for GATT, skal jeg ikke ta stilling til. Domstolen var i hvert fall av den oppfatning at verken arten eller oppbygningen av den konkrete avtalen var av en slik karakter at den hindret en borger eller en virksomhet i å påberope seg bestemmelsen for en nasjonal domstol.

Hva som lå bak EF-domstolens forskjellige syn på de to avtalene kan ikke slås fast med sikkerhet. Var det på grunn av at Frihandelsavtalen ikke i like stor grad åpnet for forhandlinger partene i mellom eller var det avtalens formål som var utslagsgivende? Mye kan tyde på at avtalens formål ble vektlagt.

Etter å ha kommet frem til at avtalen i seg selv ikke inneholdt bestemmelser som regulerte spørsmålet om direkte virkning, fremhevet domstolen at det gjenværende spørsmålet var om artikkel 21 var ubetinget og tilstrekkelig klar til å ha direkte virkning. I en slik vurdering var det nødvendig å gjennomgå bestemmelsen på bakgrunn av så vel overenskomstens hensikt og formål som den sammenheng hvor bestemmelsen inngikk. Utgangspunktet til domstolen er et eksempel på at både avtalen og bestemmelsen må vurderes før den påberopte regelen eventuelt kan gis direkte virkning. Sammenliknes utgangspunktet med GATT/WTO-praksis fremgår det at selve bestemmelsen også må analyseres. Trinn to blir med andre ord inkludert i analysen.

Av dette fremgår det at avtales formål hadde en sentral plass i vurderingen av om bestemmelsen skulle tilkjennes direkte virkning. Frihandelsavtalen hadde som formål å opprette en frihandelsordning hvor avtaleverket tok sikte på å fjerne bestemmelser som hindret samhandelen mellom partene. Artikkel 21 søkte å unngå at liberaliseringen av varehandelen som skulle oppnås ved å avskaffe toll og avgifter med tilsvarende virkning, skulle bli illusorisk på grunn av partenes avgiftspraksis.

EF-domstolen konkluderte med at artikkelen inneholdt et ubetinget forbud mot avgiftsmessig forskjellsbehandling og at dens grenser direkte fremgikk av overenskomstens formål. Med andre ord ble artikkel 21 ansett for å være tilstrekkelig presis og ubetinget, slik at den kunne gis direkte virkning.

Handelssamarbeidet etablert i Frihandelsavtalen kvalifiserte tydeligvis til en *særlig forbindelse* til Fellesskapet. Domstolen nevnte ikke eksplisitt at Frihandelsavtalen etablerte et særlig forhold, men tolkes dommen i lys av *Portugal* fremgår det at avtalens spesielle formål har vært av avgjørende betydning.

7.2.2 Forberedelsesavtaler

En annen type avtaler som trolig faller inn under betegnelsen særlig forbindelser er Europaavtalene. I motsetning til EØS-avtalen har Europaavtalene som formål å skape en passende ramme for disse landenes gradvise integrasjon i Fellesskapet. For å nå dette målet skal det gradvis etableres et frihandelssamarbeid samtidig som avtalene søker å

oppnå andre økonomiske friheter. Det økonomiske samarbeidet er vesentlig mindre liberalisert enn det som etableres ved EØS-avtalen. Integrasjonsmessig har avtalene vært en suksess, da samtlige land i Europaavtalene ser ut til å tre inn i Fellesskapet i 2004.

De fleste dommene som er avsagt i forbindelse med denne type avtaler har omhandlet etableringsrett og sosiale ytelser for fremmedarbeidere og deres familier. I *Barkoci og Malic*⁸⁰ var spørsmålet om et britisk innreiseforbud var i strid med Tsjekkias avtale med Fellesskapet sett i forhold til et forbud mot forskjellsbehandling av tsjekkiske statsborgere sammenliknet med nasjonale borgere. De tsjekkiske arbeidssøkende hevdet at de kunne påberope seg avtalens bestemmelse i den hensikt å få satt til side et nasjonalt innreiseforbud. I samsvar med tidligere praksis for avtaler som ikke omhandlet WTO, bekreftet EF-domstolen at en bestemmelse i en tredjelandsavtale kunne gis direkte virkning når det av dens ordlyd, samt av avtalens formål og karakter kunne utledes en klar og presis forpliktelse, hvis oppfyllelse og rettsvirkning ikke var betinget av at det utstedes ytterligere rettsakter⁸¹. Det ble med andre ord uttalt at det ikke er tilstrekkelig at bestemmelsen pretenderer å regulere borgernes rettsstilling. Avtalens formål og karakter må også tas i betraktning. Den sedvanlige todelte prosedyre ble opprettholdt.

Etter raskt å ha slått fast at forbudet mot diskriminering av tsjekkere som ønsker å utøve økonomisk virksomhet i seg selv var klart og ubetinget, drøftet EF-domstolen formålet med selve assosieringsavtalen. I forhold til GATT/WTO startet altså domstolen sin undersøkelse i motsatt ende. I samtlige GATT/WTO-avgjørelser hadde avtalen vært utgangspunktet for drøftelsen og ikke bestemmelsen. Dette kan trekke i retning av at EF-domstolen allerede hadde gjort seg opp en mening om assosieringsavtalens karakter.

Domstolen pekte deretter på at avtalen hadde som formål å opprette en assosiering som skulle fremme utvidelsen av samhandelen og således fremme en dynamisk økonomisk utvikling og velstand i Den tsjekkiske Republikken med henblikk på å lette dens tiltredelse til Fellesskapet.

⁸⁰ C- 257/99 *Barkoci og Malik* sml. 2001 s.6557.

⁸¹ Ibid avsnitt 31.

Dommen er et eksempel på at en avtale kan inneholde både en *særlig forbindelse* til Fellesskapet, samtidig som den innebærer en ulikevekt i de forpliktelser Fellesskapet har påtatt seg sammenliknet med avtalepartens forpliktelser. Asymmetrien var derimot ikke et hinder for at visse av avtalens bestemmelser kunne ha direkte virkning. Det var nødvendig å stadfeste dette da folkerettslige avtaler normalt er preget av gjensidighet partene i mellom.

Ikke uventet konkluderte EF-domstolen med at den påberopte bestemmelsen med hensyn til avtalens anvendelsesområde, oppstilte et presist og ubetinget prinsipp som var tilstrekkelig operasjonelt til å kunne anvendes av nasjonale domstoler og derfor kunne regulere borgernes rettsstilling.

Lik argumentasjon og resultat for tilsvarende bestemmelser finnes igjen i en rekke andre avgjørelser vedrørende både Europaavtalene og andre avtaler⁸².

På grunnlag av disse avgjørelsene må det kunne fastslås at avtaler som etablerer en ramme for den politiske dialog og som gjør det mulig å utvikle nærmere politiske forbindelser mellom partene, samtidig som avtalene fremmer utvidelsen av samhandelen og de økonomiske forbindelser mellom partene, må anses som avtaler som danner særlig forbindelser til Fellesskapet. Dersom slike avtaler i tillegg har til hensikt å legge forholdene til rette for et fremtidig medlemskap, er det stor sannsynlighet for at bestemmelser i slike avtaler vil bli gitt direkte virkning.

7.2.3 Nært økonomisk samarbeid

Det er på det rene at en rekke avtaler som Fellesskapet har inngått etablerer et nært forholdt til Fellesskapet. EØS-avtalen er den avtalen som i så måte går lengst når det gjelder et økonomisk samarbeid. Sammenliknet med en alminnelig frihandelsavtale består EØS-avtalen av en langt mer omfattende integrasjon. I følge avtalens artikkel 1 er formålet med avtalen å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og

økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler. Målene skal nås ved fritt varebytte, ved fri bevegelighet for personer, tjenester og kapital samt ved økt konkurranse. I tillegg skal det opprettes samarbeid på andre områder slik som blant annet forskning, miljø, utdanning og sosialpolitikk.

EØS-avtalens karakter er i det vesentlige folkerettlig. Dette fremgår av flere bestemmelser i avtalen, blant annet av protokoll 35 hvor det sies at EØS ikke forutsetter overdragelse av lovgivningsmyndighet. Det er også på det rene at EFTA-statene ikke har overtatt Fellesskapets prinsipper om verken forrang eller direkte virkning⁸³.

Det er sparsomt med rettspraksis vedrørende direkte virkning av EØS-avtalen. Hittil er det bare Førsteinstansdomstolen som har tatt stilling til spørsmålet i *Opel Austria*⁸⁴.

I denne saken hevdet saksøker at en forordning som tilbakekalte tollinnrømmelser var ugyldig da den stred mot blant annet artikkel 10 i EØS-avtalen. Bestemmelsen forbyr toll på import og eksport og avgifter med tilsvarende virkning og er således en av hovedbestemmelsene i EØS-avtalen. Artikkel 10 er identisk med Traktatens artikkel 25. Ut fra tidligere rettspraksis ville det vært naturlig at Førsteinstansdomstolen tok utgangspunkt for sin vurdering i artikkelens ordlyd, samt avtalens formål og karakter og på dette grunnlag bedømte om det kunne utledes en klar og presis forpliktelse. I *Opel Austria* konsentrerte Førsteinstansdomstolen seg kun om selve bestemmelsen. Det ble raskt slått fast at artikkel 10 tilfredsstilte kravene til direkte virkning. Som grunnlag for sin undersøkelse henviste Førsteinstansdomstolen til *Bresciani*⁸⁵ og *Kupferberg*, men uten å følge fremgangsmåten som var anvendt der. I begge disse dommene var overenskomstens hensikt og formål sentrale elementer i avgjørelsen om de påberopte bestemmelsene skulle gis direkte virkning. Disse aspektene ble i denne sammenheng

⁸² C-104/81, sml. 1982 s. 3641. C262/96, Sürül sml. 1999 s. 2685, C-63/99, Gloszczuk, sml. 2001 s. 6369, 235/99, Kondova sml. 2001 s.6427, C-268/99, Jany sml. 2001 s. 8615

⁸³ E-4/01, 30.mai 2002, Karlsson mot Island.

⁸⁴ T-115/94 Opel Austria mot Rådet sml. 1997 s. 39.

⁸⁵ C-87/75, Bresciani, sml. 1976 s. 129.

ikke nevnt av Førsteinstansdomstolen⁸⁶. Med andre ord ble trinn 1 forbigått, med den følge at vilkårene var identiske med dem etablert i *Van Gend en Loos*.

Førsteinstansdomstolen må med andre ord ha ansett det som opplagt at EØS-avtalens karakter ikke ville hindre direkte virkning⁸⁷. Den eneste mulige forklaringen på den uvante fremgangsmåten må være at EØS-avtalen på flere områder ligger nært opp til selve Traktatens ordlyd så vel som formål, noe som har ført til en omfattende markedsintegrasjon. Tilsvarende argumenter vil trolig gjøre seg gjeldende for de bilaterale avtalene mellom Fellesskapet og Sveits.

7.3 Avtaler som inneholder asymmetriske forpliktelser

I Europaavtalene ble formålet om en fremtidig inntreden i Fellesskapet vektlagt. EØS-avtalen ble tilkjent direkte virkning trolig på grunn av sterke handelsintegrerende momenter.

I følge *Portugal* var det ikke bare avtaler som etablerte *særlige forbindelser* til Fellesskapet som stod i kontrast til GATT/WTO. Avtaler som etablerer *asymmetriske forpliktelser* atskilte seg også fra overenskomsten. Avtaler med *asymmetriske forpliktelser* innebærer at Fellesskapet og dens avtalepartnere ikke har gjensidige forpliktelser. I denne sammenheng vil det være Fellesskapet som gir mer enn det får igjen, for eksempel ved at Fellesskapet åpner sitt marked for visse varer, uten å få en tilsvarende importadgang på medkontrahentens marked.

*Kziber*⁸⁸ omhandlet en avtale med asymmetriske forpliktelser. Samarbeidsavtalen mellom Fellesskapet og Marokko inneholdt et forbud mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet av marokkanske arbeidstakere og deres familiemedlemmer. Datteren til en belgisk pensjonert marokkansk statsborger krevde likebehandling sammenliknet med Fellesskapets borgere vedrørende arbeidsledighetsytelser. På dette

⁸⁶ Først når innholdet i artikkel 10 skal fastlegges, drøfter Førsteinstansdomstolen avtalens formål.

⁸⁷ Bourgeois, The ECJ and the WTO, inntatt i Weiler(Eds), The EU, the WTO and the NAFTA 2000, s. 102.

⁸⁸ C-18/90, Onem mot Kziber sml. 1991 s. 199.

grunnlag hevdet hun at et nasjonalt vedtak fattet av en belgisk arbeidsdomstol som avslo å tilkjenne henne slike ytelser måtte settes til side.

EF-domstolen anførte at bestemmelsen måtte anses som direkte virkende når den etter sin ordlyd samt avtalens formål og karakter kunne utledes en klar, presis og ubetinget forpliktelse. I stor kontrast til GATT/WTO-rettspraksis ble det uttalt at det først og fremst måtte legges vekt på bestemmelsens ordlyd. EF-domstolens vurdering i denne forbindelse har klare likhetstrekk med *Van Gend en Loos*. Konklusjonen var at bestemmelsen etter sin ordlyd var presis og ubetinget. Selv om utgangspunktet til EF-domstolen også inkluderte avtalens formål og karakter kom denne betraktningen i annen rekke. EF-domstolen begrenset seg til raskt å slå fast at direkte virkning av den påberopte bestemmelsen ikke kunne anses å stride mot avtalens formål og karakteren. Dette gjaldt selv om avtalen i det vesentligste tilsiktet å bidra til Marokkos økonomiske utvikling og at den begrenset seg til å innføre et samarbeid mellom partene uten å sikte mot en assosiering eller en fremtidig tiltredelse for Marokko i Fellesskapet. Avtalens *asymmetriske forpliktelser* var med andre ord ikke et hinder for at enkelte av avtalens bestemmelser kunne tilkjennes direkte virkning.

Tilsvarende syn har blitt slått fast for Lomè-konvensjonene i *Chiquita*⁸⁹. Konvensjonene var inngått mellom AVS-statene og ble påberopt av et italiensk bananimportselskap som grunnlag for å motsette seg en italiensk forbrukeravgift på bananer. EF-domstolen pekte på at Lomè-konvensjonene ikke hadde samme karakter som GATT, da konvensjonens var karakterisert ved en synlig ulikevekt i partenes forpliktelser. Konvensjonens generelle formål var å fremme den økonomiske og sosiale utvikling for tredjestatene ved å forbedre betingelsene for adgang til fellesmarkedet for disse lands varer. Domstolen konkluderte med at slike asymmetriske forpliktelser ikke utelukket at visse av konvensjonens bestemmelser kunne ha direkte virkning⁹⁰.

⁸⁹ C-469/93, sml 1995 s. 4533.

⁹⁰ Tilsvarende var blitt bekreftet for Lomè-konvensjonens forgjenger, Yaounde-konvensjonen i C-87/75, Bresciani, sml. 1976 s. 129.

Slik de ovennevnte dommer fremstår, kan det virke som om *asymmetriske forpliktelser* ikke er et moment for direkte virkning, men snarere et argument mot, siden EF-domstolen anser det nødvendig å presisere at asymmetriske avtaler ikke er til hinder for direkte virkning. Dommene er avsagt før *Portugal* hvor det ble antydning at avtaler med asymmetrisk karakter kunne få direkte virkning. Sett i lys av *Portugal* tror jeg det er riktigere å tolke *Kziber* m.fl. i den retning av at domstolen er villig til å gi tredjelandsavtaler med slike forpliktelser direkte virkning, dersom disse har til hensikt å tjene de assosierte staters utvikling. Meningen med avtalene er uansett at Fellesskapet skal gi mer enn det får, og da kan Fellesskapet like gjerne tilby direkte virkning også, uten hensyn til om avtalepartene gjøre det samme eller avtalen for øvrig snarere bygger på en forhandlingsmodell enn på rettslig prøving ved eventuelle tvister partene imellom. Konsekvensen av å gi slike avtaler direkte virkning er at de blir mer effektive. Økt effektivitet vil tjene utviklingen i tredjestatene, noe som nettopp er poenget med disse avtaletypene.

Konklusjonen må derfor bli at avtaler med *asymmetrisk* karakter med stor sannsynlighet vil bli tilkjent direkte virkning.

8 SAMMENLIKNING - WTO OG ANDRE AVTALER

8.1 Metode

På grunnlag av det rettskildemateriale som foreligger fremstår det som relativt tydelig at EF-domstolens vurderinger er forskjellige alt ettersom det er GATT/WTO eller andre avtaler som behandles. I sakene ovenfor har EF-domstolen drøftet både selve bestemmelsen og den avtalen hvor bestemmelsen inngår.

Tidligere i oppgaven har det vært antydnet at EF-domstolens praksis kan ses fra den synsvinkel at undersøkelsen består av to trinn. Først en analyse av avtalen, og hvis denne tillater direkte virkning, en etterfølgende analyse av selve den påberopte bestemmelsen. For GATT/WTO stoppet domstolens analyse opp ved trinn 1, mens undersøkelsen fortsatte for de andre avtalene. Når det gjelder Fellesskapets andre avtaler har EF-domstolen noen ganger rokert om på rekkefølgen uten at dette har hatt betydning for resultatet. Det viktigste i denne sammenhengen er å være klar over at domstolens undersøkelse for å fastslå om en bestemmelse har direkte virkning, består av to elementer⁹¹.

Totrinnsprosessen er også i tråd med *Pierre Pescatore's* antydninger om at domstolen har to forskjellige fremgangsmåter når den skal ta stilling til direkte virkning⁹². Den første metoden går ut på at domstolen avgjør spørsmålet ved en gjennomgang av selve avtalen og på dette grunnlag konkluderer med at den påberopte bestemmelsen ikke kan få direkte virkning. Fremgangsmåte nummer to retter fokus mot den påberopte bestemmelsens egenskaper.

⁹¹ Se dog T-115/94, *Opel Austria mot Rådet* sml. 1997 s. 39, hvor det ser ut til at en analyse av selve avtalen utelates.

⁹² Pescatore, *Treaty making by the European Communities*, inntatt i Jacobs og Roberts(Eds), *The effect of Treaties in domestic law* 1987 s. 186-188.

Entydig rettspraksis viser at EF-domstolen har etablert et fast utgangspunkt for sine drøftelser for avtaler som ikke omhandler GATT/WTO. *Demirel*⁹³, som omhandlet Fellesskapets avtale med Tyrkia, slo fast at en bestemmelse i en tredjelandsavtale anses som direkte virkende når det av bestemmelsens ordlyd, samt avtalens formål og karakter kan utledes en klar og presis forpliktelse hvis oppfyllelse og rettsvirkning ikke er betinget av at det må utstedes ytterligere rettsakter⁹⁴. Uttalelsen er et godt eksempel på at *Eechout's* to typer av vilkår for direkte virkning henger sammen. Ytringen i dommen gir uttrykk for at EF-domstolen må foreta en todelt prosess; en analyse av selve den påberopte bestemmelsen, samt en analyse av selve avtalens formål og karakter.

I følge domstolens utgangspunkt i *International Fruit*, hvor den avgjørende analyse tok utgangspunkt i GATT's ånd, system og ordlyd, fremgår det at selve bestemmelsen ikke stod sentralt i domstolens drøftelse. Jeg har tidligere pekt på at selve de påberopte bestemmelsene overhodet ikke har vært gjenstand for vurdering, verken i *International Fruit* eller i senere GATT/WTO-praksis. En slik fremgangsmåte ville ikke vært i samsvar med det utgangspunktet som ble etablert i *Demirel*. Her var det som sagt også nødvendig å vurdere den påberopte bestemmelsen, før domstolen kunne ta stilling til spørsmålet om direkte virkning.

Analysen som foretas av selve bestemmelsen kan likestilles med EF-domstolens fremgangsmåte for å slå fast direkte virkning av interne Fellesskaps regler. Vilklårene tilstrekkelig presis og ubetinget gjelder også for bestemmelsene i EUs tredjelandsavtaler.

Som vist ovenfor kan det se ut til at bestemmelser som bidrar til å effektivisere avtaler som har som formål å hjelpe medkontrahentene økonomisk, forberede dem på et fremtidig medlemskap eller knytte medkontrahentene nært til seg, har en tendens til å bli tilkjent direkte virkning. Formulert i lys av *Portugal*-avgjørelsen vil bestemmelser som inngår i avtaler som inneholder *særlige forbindelser* til Fellesskapet eller *asymmetriske forpliktelser* og dermed skiller seg fra GATT/WTO, med stor sannsynlighet bli tilkjent direkte virkning. Alle disse avgjørelsene har hatt samme

⁹³ C-12/86, *Demirel* sml. 1987 s. 3719, avsnitt 14.

⁹⁴ Senere fulgt opp i bl.a. C-432/92, sml. 1994 s. 3087 avsnitt 23 og C-162/96, *Racke* sml. 1998 s. 3655 avsnitt 31.

utgangspunkt for å fastslå direkte virkning som etablert i *Demirel*. Ses det bort i fra GATT/WTO-avgjørelsene, tyder det på at EF-domstolen ikke har store motforestillinger med å tilkjenne bestemmelser i tredjelsavtaler direkte virkning. Hovedregelen er at bestemmelser i slike avtaler gis direkte virkning⁹⁵.

8.2 Noen spesielle trekk ved dommene hvor EF-domstolen anlegger en ny trend

Siden fremgangsmåte og resultat er vesentlig forskjellig fra GATT/WTO-avgjørelsene sammenliknet med avgjørelser vedrørende Fellesskapets andre avtaler, vil det være naturlig å reise spørsmålet om hva som egentlig skiller disse avtaletypene fra hverandre.

Tidligere i oppgaven har det vært pekt på at avtaler som inneholder *asymmetriske forpliktelser og særlige forbindelser* til Fellesskapet trolig vil bli tilkjent direkte virkning. I *Portugal* ble det gjort et stort poeng av at direkte virkning ville gi Fellesskapets viktigste handelspartnere en stor handelsfordel på bekostning av Fellesskapet. Et slikt poeng har kun vært nevnt i WTO-saker. Momentet gjør seg ikke i like stor grad gjeldende for avtaler utenfor WTO, da disse avtalene er inngått med parter som er Fellesskapet underlegne både i økonomisk- og størrelsesmessig forstand og av den grunn ikke utgjør noen trussel. Mange av avtalene er designet med det formål å nettopp gi medkontrahentene fordeler. Dessuten har avtalene utenfor WTO ikke like mange medkontrahenter, mange av avtalene er bilaterale, samtidig som WTO-overenskomsten har et bredere nedslagsfelt. Slike momenter reduserer konsekvensene av å tilkjenne bestemmelser i avtaler utenom WTO direkte virkning.

I forbindelse med redegjørelsen av GATT/WTO-rettspraksis pekte jeg på at bestemmelsene normalt ble brukt for å angripe fellesskapslovgivning og på hvilke konsekvenser dette kunne føre til. Budskapet var at direkte virkning kunne hindre økonomisk vekst i Fellesskapet ved at de internasjonale bestemmelsene kunne brukes til å ugyldiggjøre fellesskapsrettsakter som var vedtatt for å regulere deler av

⁹⁵ Demirel er det eneste tilfelle, foruten GATT/WTO jeg har kommet over hvor de påberopte bestemmelsene ikke ble tilkjent direkte virkning. Domstolen uttalte at bestemmelsene hadde karakter av programmerklæringer og at de av den grunn ikke var tilstrekkelige presise og ubetingete.

Fellesmarkedet på best mulig måte. På den annen side ble det i *SPI* og *SAMI* uttalt at det var uten større betydning for spørsmålet om direkte om det var fellesskapslovgivning eller nasjonal lovgivning som ble utfordret. Sett i lys av at nesten alle GATT/WTO-saker omhandlet ugyldighetssøksmål av fellesskapslovgivning, mens de fleste andre saker omhandlet tilsidesettelse av nasjonale regler, kan det etter min mening tenkes at momentet kan ha blitt nevnt internt blant dommerne i EF-domstolen. Konsekvensene av at et nasjonalt tiltak må opphøre, sammenliknet med en EU-regel, vil ikke få de samme negative økonomiske ringvirkninger på Fellesskapet, snarere tvert imot. En nasjonal avgift som strider mot en tredjelandavtale, vil kun tjene den enkelte stat og trolig hindre full effekt av avtalen. Direkte virkning av en ekstern bestemmelse, som påberopes i den hensikt å få satt en nasjonal avgift til side, vil Fellesskapet profitere på, ved at de økonomiske hindringene for avtalens effektivitet fjernes. Selv tror jeg denne forskjellen kan ha spilt en rolle for EF-domstolen som gang på gang viser at den søker etter EU-vennlige resultater⁹⁶.

⁹⁶ Craiq & De Bùrca, Third Edition s. 195 og 201 er opptatt av å presisere hvilken type lovgivning som utfordres.

9 INTERNASJONALE AVTALER SOM TOLKINGSMOMENT

Internasjonale avtaler/bestemmelser kan påberopes for EF-domstolen eller nasjonale domstoler dersom de enten tilfredsstiller vilkårene for direkte virkning etablert for slike bestemmelser eller at de omfattes av Fediol eller Nagajima-doktrinen. Dersom bestemmelsene ikke faller inn under noen av disse mulighetene, er ikke det ensbetydende med at reglene er uten betydning i Fellesskapets rettsorden eller i de nasjonale rettssystemer. I flere saker har EF-domstolen slått fast at fellesskapsregler og nasjonale regler skal tolkes i lys av de internasjonale avtaler Fellesskapet er bundet av. Tolkingsprinsippet samsvarer med prinsippet etablert internt i Fellesskapet i blant annet *Marleasing*⁹⁷. EF-domstolen slo her fast at nasjonal lovgivning skal tolkes så vidt som mulig i samsvar med ordlyden og formålet til fellesskapsretten. Problematikken angår ikke direkte spørsmålet om direkte virkning, men har likevel betydning for spørsmålet om internasjonale avtalers virkning på EU-retten. På grunn av helhetsbilde, vil jeg nedenfor kort drøfte avtalene som en tolkingsfaktor.

Prinsippet om at EU-lovgivning skal bli tolket i lys av GATT-bestemmelser ble for første gang slått fast i *Interfoods*⁹⁸. I *Kommisjonen mot Tyskland*⁹⁹ utvidet EF-domstolen prinsippet ved å stadfeste at sekundær EU-lovgivning må så vidt som mulig «*as far as possible*» bli tolket i overensstemmelse med internasjonale avtaler. I avgjørelser om TRIPs-avtalen har det blitt uttalt både i *Hèrmes*¹⁰⁰ og *Dior* at medlemsstatenes rettslige myndigheter er forpliktet til, når de anmodes om å anvende sine nasjonale regler med henblikk på å treffe foreløpige tiltak for å beskytte immaterialrettigheter, så vidt som mulig gjør dette i lys av ordlyden og av formålet med TRIPs- avtalens art 50 nr 6.

⁹⁷ C- 106/89, sml. 1990 s. 4135.

⁹⁸ C-92/71, sml. 1972 s. 231.

⁹⁹ C-61/94, sml. 1996 s. avsnitt 52.

¹⁰⁰ C-53/96 Sml. 1998 s. 3603.

Det fremgår av de nevnte dommene at tolkningsprinsippet må tas i betraktning av både EF-domstolen og nasjonale domstoler, og at prinsippet får anvendelse både på fellesskapslovgivning og nasjonal lovgivning. Det er videre ingen grunn til at andre tredjelandsavtaler skal stilles dårligere enn WTO-avtalene. Rekkevidden av prinsippet har foreløpig ikke vært et tema for EF-domstolen fordi den til nå har gitt alle påberopte bestemmelser i tredjelandsavtaler utenom WTO direkte virkning.

10 KONKLUSJON

Oppgaven har hatt som formål å analysere hva som kreves av Fellesskapets internasjonale avtaler for at de skal bli tilkjent direkte virkning. Ut fra rettspraksis kan det konkluderes med at direkte virkning gis på grunnlag av strengere kriterier enn de vilkår som er etablert for intern fellesskapsrett.

Rettspraksis vedrørende internasjonale avtaler fremstilles best ved å dele avgjørelsene inn i to grupper; GATT/WTO-dommer og dommer vedrørende andre internasjonale avtaler. Det er i dag sikker rett at WTO-avtalene ikke vil bli gitt direkte virkning selv om de påberopte bestemmelsene er like presise og ubetingede som tilsvarende direkte virkende fellesskapsregler. Avgjørelsene skiller seg markant fra rettspraksis om intern fellesskapsrett. EF-domstolen avgjorde GATT/WTO's virkning på grunnlag av overenskomstens system uten å ta de påberopte bestemmelsene i betraktning; stikkordene var første og fremst fleksible bestemmelser i stedet for bindende forpliktelser og forholdet til Fellesskapets viktigste handelspartnere. Sistnevnte moment er tilsynelatende nytt og ble grundig behandlet i *Portugal*. Selv tror jeg det generelle WTO-resultatet vesentlig var preget av en EF-domstol som ikke ville svekke Fellesskapets handelsmessige styrke i forhold til sine viktigste medkontrahenter. Avgjørelsen var med andre ord preget av politiske hensyn.

Det avgjørende for WTO-avtalenes plass i EU-retten er i hvilken grad EF-domstolen er villig til å anvende Fediol- og Nakajima-doktrinene.

Gruppe 2 skiller seg fra både GATT/WTO-avgjørelsene og fellesskapsretten. Standardtesten slår fast at internasjonale bestemmelser kan ha direkte virkning når det kan utledes en presis, klar og ubetinget forpliktelse ut fra selve ordlyden samt formålet og avtalens karakter. Testen skiller seg fra GATT/WTO ved at den enkelte bestemmelse blir gjenstand for vurdering. I forhold til fellesskapsretten skiller testen seg ved at hver

enkelt avtale i seg selv må vurderes. Det er først her usikkerheten om internasjonale reglers direkte virkning oppstår. EF-domstolen har foreløpig ikke vært villig til å gi eksterne bestemmelser direkte virkning bare ut fra bestemmelsene alene. Selv hvor en ordlik fellesskapsregel har vært gitt direkte virkning har avtalens formål og karakter vært gjenstand for vurdering. Det synes som det avgjørende for EF-domstolen har vært om direkte virkning av den på beroppte bestemmelsen samsvarer med avtalens formål og karakter.

I følge EF-domstolens avgjørelse i *Portugal* tyder det på at bestemmelser i avtaletyper som etablerer *særlige forbindelser* eller har *asymmetrisk forpliktelse* i fremtiden med stor sannsynlighet vil bli tilkjent direkte virkning.

11 Litteraturliste

Bebr, Gerhard, Agreements concluded by the Community and their possible direct effect: From International Fruit Company to Kupferberg, Common Market Law Review 1983:20 s. 35-73.

Bourgeois, Jacques H. J., *The European Court of Justice and the WTO*, inntatt i Weiler J.H.H (Eds), *The EU, the WTO, and the NAFTA*, Toward a Common Law of International Trade, 2000, Oxford University Press, ISBN 0-19-829874-9

Craig Paul & De Búrca Gráinne, *EU LAW*, Text, cases and materials, Third Edition 2003, Oxford University Press, ISBN 0-19-924943-1.

Due, Ole, *EF-domstolens fortolkiningsmetoder og Wienerkonvensjonen om traktatretten*, inntatt i Festskrift til Ulf Bernitz, Elanders Gotab AB, Stockholm 2001, ISBN-91-7223-099-1.

Eeckhout, Piet, The domestic legal status of the WTO Agreement: Interconnecting legal system, Common Market Law Review 1997:34, s. 11-58.

Eeckhout, Piet, Judicial enforcement of WTO law in The European Union- Some further reflections, Journal of International Economic Law(JIEL) 2002, s 83-103.

EU-Karnov 2001.

Hedemann-Robinson, M, *Third country nationals*, 2001, 38 Common Market Law Review (CMLrev) s. 525-

Kapteyn, P.J.G and Van Themaat, P.VerLoren, *Introduction to the Law of the European Communities*, Third Edition 1998, Kluwer Law International London-The Hauge-Boston, ISBN 90-411-9667-6.

Pescatore, Pierre, *Treaty-making by the European Communities*, inntatt i Jacobs, Francis.G and Roberts, Shelley (Eds) *The Effect of treaties in domestic law*, Volume 7, 1987, London, Sweet & Maxwell, ISBN 0-421-37870-0.

Petersmann, Ernst-Ulrich, *Application of GATT by The Court of Justice of The European Communities*, Common Market Law Review (CMLRev)1983:20 s.397-437.

Rasmussen, Hjalte, *EU-ret i kontekst*, 4.Udgave 2001, Forlaget Thomsen, ISBN 87-619-0255-1.

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 1998, Tano Aschehoug, ISBN 82-518-3669-7.

Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas, Foyn, Sten og Stemshaug, Helge, *EØS-rett*, 1995, Universitetsforlaget, ISBN 82-0022469-4

Peers, Steve, Fundamental Right or Political Whim? WTO Law and the European Court of Justice, inntatt i De Búrca Gráinne & Scott Joanne (Eds) i *The EU and the WTO, Legal and Constituional Issues*, Oxford-Portland Oregon 2001, ISBN 1-84113-199-7.

Weatherill, Stephen & Beaumont, Paul, *EU LAW, The essential guide to the legal workings of the European Union*, Third edition 1999, Penguin Books, ISBN 0-14-024113-2K.

Wyatt and Dashwood's, *European Union Law*, Fourth Edition, 2000, London Sweet & Maxwell.

Ørebech, Peter, *GATT-rett, EØS-rett eller EF-rett?*, 1992, Osmundsson Forlag AS, ISBN 82-992439-0-4

12 Domstolsregister- kronologisk rekkefølge

EF-domstolen

- C-26/62, Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie, sml. 1963 s. 105.
- C 21-24/72, International Fruit m.fl. mot Kommissjonen, sml. 1972 s. 1219.
- C-22/70, Kommissjonen mot Rådet, sml. 1971 s. 263.
- C-92/71, Interfoods, sml. 1972 s. 231.
- C-9/73, Schlüter mot Hauptzollamt Lorrach, sml. 1973 s. 1135.
- C-181/73, Haegeman mot Belgia, sml. 1974 s. 449.
- C-41/74, Van Duyn mot Home Office, sml. 1974 s.1337.
- C-87/75, Brescian mot Amministrazione Italiana delle Finanze, sml.1976 s. 129.
- C- 1/76, Opinion on the Draft Agreement Establishing a Laying-up Fund for Inland Waterway Vessel, sml. 1977 s. 741.
- C-17/81, Pabst og Richarz KG mot Hauptzollamt Oldenburg, sml. 1982 s. 1331.
- C-104/81, Hauptzollamt Mainz mot Kupferberg, sml. 1982 s. 3641.
- C-266/81, Società Italiana per l'Oleodotte Transalpino (SIOT) mot Ministero delle Finanze sml. 1983 s. 731.
- C-267-269/81, Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Società Italiana SpA & SpA Michelin Italia (SPI/SAMI), sml. 1983 s. 801.
- C-14/83, Von Colson mot Land Nordrhein-Westfalen, sml. 1984 s. 1891.
- C-152/84, Marshall mot Southampton, sml.1986 s. 723.
- C-12/86 Demirel mot Stadt Schwäbisch Gmünd, sml. 1987 s. 3719.
- C-70/87, Fediol mot Kommissjonen, sml. 1989 s. 1781.
- C-69/89, Nagajima mot Rådet, sml. 1991 s. 2069.
- C-106/89, Marleasing mot La Comercial Internacional de Alimentacion SA, sml. 1990 s. 4135.
- C-188/89, Foster mot British Gas, sml. 1990 s. 3313.
- C-18/90 Onem mot Kziber sml. 1991 s. 199.
- C-128/92, Banks mot British Coal, sml. 1994 s. 1209, 1237.
- C-432/92, The Queen mot Anastasiou sml. 1994 s. 3087.
- C-280/93, Tyskland mot Rådet, sml. 1994 s. 4973.

C-469/93, Amministrazione delle Stato mot Chiquita Italia, 1995 s. 4533.
C-61/94, Tyskland mot Kommisjonen, sml. 1996 s. 3989.
C-53/96, Hermès mot FHT, sml. 1998 s. 3603.
C-149/96, Portugal mot Rådet, sml. 1999 s. 8395.
C-162/96 Racke mot Hauptzollamt Mainz, sml. 1998 s. 3655.
C-262/96 Sürül mot Bundesanstalt für Arbeit, sml. 1999 s. 2685.
C-416/96, El-Yassini mot Houie Secretang, sml. 1999 s. 1209.
C-300 & 392/98 Dior mot Tuk Company, sml. 2000 s. 11307.
C-377/98, Nederland mot Rådet sml. 2001 s. 7079.
C-63/99, The Queen mot Gloszczuk, sml. 2001 s. 6369.
C-235/99 Kondova, sml. 2001 s. 6427.
C-257/99, The Queen mot Barkoci og Malik, sml. 2001 s. 6557.
C-268/99, Jany mot Staatssecretaris van Justice, sml. 2001 s. 8615.
C-307/99 OGT mot Hauptzollamt Hamburg-ST. Annen, sml. 2001 s. 3159.
C-27/00 og 122/00, The Queen mot Omega Air, sml. 2002 s. 2569.

Førsteinstansdomstolen

T-115/94 Opel Austria mot Rådet sml. 1997 s. 39.

EFTA-domstolen

E-4/01- 30. mai 2002, Karlsson mot Island

